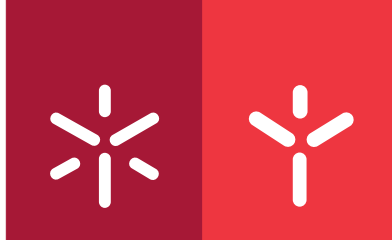


Universidade do Minho
Escola de Direito

Antonio Cesar da Silveira Neto

A manutenção dos princípios do devido processo legal, do contraditório, do duplo grau de jurisdição e do acesso à justiça, no processo civil, com a informatização processual.



Universidade do Minho

Escola de Direito

Antonio Cesar da Silveira Neto

**A manutenção dos princípios do devido
processo legal, do contraditório, do duplo
grau de jurisdição e do acesso à justiça,
no processo civil, com a informatização
processual.**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Judiciário

Trabalho realizado sob a orientação do
Professor Doutor Wladimir Brito

Setembro de 2011

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE;

Universidade do Minho, ____/____/____

Assinatura: _____

Agradecimentos

Gostaria de agradecer ao Prof. Doutor Wladimir Brito, meu orientador neste trabalho, pela transmissão de seus conhecimentos e pela sua disponibilidade oferecida que, através dela, fora ultrapassada a barreira da distância entre nós.

Agradeço também a meus pais que tiveram paciência comigo e re-acolheram-me quando me vi obrigado a enfrentar dificuldades além do meu controle.

RESUMO

A implementação da informatização processual ocasionou inúmeras mudanças na realização de tarefas ligadas ao processo, e também proporcionou vários benefícios para o trâmite processual.

As alterações proporcionadas refletem-se nos princípios jurídicos que orientam o andamento processual. Apesar dessas implementações inovadoras no processo judicial, esses princípios não podem deixar de ser cumpridos devido ao seu caráter imprescindível para o processo.

O presente estudo vem analisar os princípios jurídicos, aplicados na esfera processual, e mais afectados com a informatização do processo. Esses princípios correspondem ao princípio do devido processo legal, o do contraditório, o do duplo grau de jurisdição e o princípio do acesso à justiça.

A análise aqui realizada é teórica, e para isso foram pesquisados diversos livros, artigos e a legislação aplicável, a pesquisa compreendeu a análise de obras de autores de renome que possuem ideias aceitas pela comunidade jurídica. Com o material colhido pôde-se fazer uma análise acerca da manutenção individual de cada princípio frente às inovações tecnológicas implementadas.

Além dos princípios mencionados, foram estudados também os temas que envolvem a informática, o Direito da informática e a informática jurídica, diferenciando essas disciplinas e distinguindo seus objectos de estudo. Analisando em separado essas duas últimas disciplinas, pôde-se verificar que ambas possuem conteúdos distintos e é a informática jurídica que se encarrega de abrodar a informatização processual.

As conclusões de maior destaque obtidas com este estudo mostram que os benefícios trazidos pela implementação da informática jurídica computacional no processo judicial podem ser maximizados com uma análise na qual se confronte essa medida com relação aos princípios jurídicos. Verificou-se que essa maximização ainda foi não experienciada devido à falta de trabalhos sistemáticos e específicos sobre a informatização processual. Essa falta de iniciativa proporciona uma inexatidão especialmente na utilização de termos provenientes da esfera tecnológica. No que diz respeito a ideia central do presente estudo, foi possível concluir que a informatização processual não está a conflitar com os princípios analisados. Contudo, verificou-se que inovações tecnológicas em desenvolvimento podem facilmente reverter esse quadro.

SUMMARY

The implementation of a computerized judicial proceeding generated various changes concerning the development of activities connected to the judicial proceeding. It also offered many benefits to the development of the law suit in court.

The changes that took place reflected on the Law principles responsible of guiding the law actions through their legal procedure in court. Despite these innovative measures on the legal process, these principles must still be observed due to their intrinsic nature to the Law suit.

The present study analyses the Law principles applied to the Procedural Law that are most affected with the computerization of the judicial proceeding. These principles are the principles of the due process of the law, of the adversary system, of the double degree of jurisdiction and of the access to justice.

The analyses made here is theoretical and thus many books, articles and applied legislation were researched. This literature is from many authors widely recognized throughout the Law community with well supported ideas. With all this material it is possible to make a critical analysis about the maintenance of each of the Law principles studied despite the technological innovations incorporated to the judicial proceeding.

Besides the mentioned principles, it was also studied the themes that revolve the computer Law and the legal informatics. Both subjects were differentiated and their objects of study characterized. Considering these subjects separated it was able to determine the future intentions of technological development to be applied on the judicial proceeding.

The relevant conclusions obtained from this study show that the benefits brought by the computerization of the judicial proceeding may be widened with a proper analysis that confront this technological measure with the judicial principles. This maximization is yet to be experienced due to the lack of systematic and specific works about the computerization of the judicial proceeding. This lack of studies leads to a non precision specifically on the use of technological terms. Concerning the main idea of this present study, it was possible to draw the conclusion that the computerization of the judicial proceeding is not conflicting with the principles analysed here. However, it was possible to perceive that technological innovations that are in development can easily change this picture.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO I: DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	11
1.1. O DIREITO E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	11
1.2. O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	13
1.3. EVOLUÇÃO E IMPORTÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	14
1.4. GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	18
1.5. DUALIDADE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	21
1.5.1 DIMENSÃO PROCESSUAL.....	22
1.5.2. DIMENSÃO SUBSTANTIVA.....	24
1.6. O <i>DUE PROCESS OF LAW</i> E O DECRETO-LEI 303/2007	27
1.7. CONCLUSÃO.....	32
CAPÍTULO II: PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	35
2.1. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	35
2.2. INDISPENSABILIDADE DO CONTRADITÓRIO.....	37
2.3. O CONTRADITÓRIO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	41
2.4. ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS	42
2.5. ELEMENTOS DO CONTRADITÓRIO.....	48
2.6. CONTRARIEDADE E CONTRADITORIEDADE.....	51
2.7. A PARTICIPAÇÃO E O PODER DE INFLUÊNCIA.....	54
2.8. O MAGISTRADO SUJEITO AO CONTRADITÓRIO.....	56
2.9. CONCLUSÃO.....	60
CAPÍTULO III: DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.....	63
3.1. ORIGEM E DEFINIÇÃO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.....	63
3.2. FUNÇÕES DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.....	65
3.3. O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: PRINCÍPIO OU GARANTIA?.....	67
3.4. CONCLUSÃO.....	73
CAPÍTULO IV: PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA.....	79
4.1. ACESSO À JUSTIÇA.....	79
4.2. DEFINIÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.....	81
4.3. O DIREITO À TUTELA JURIDICIONAL.....	83
4.4. DIREITOS ASSEGURADOS PELO ACESSO À JUSTIÇA.....	86
4.4.1. DIREITO A UMA DECISÃO FUNDADA NO DIREITO.....	86

4.4.2. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS MATERIALMENTE ADEQUADOS...	88
4.4.3. PROTECÇÃO JURÍDICA EFICAZ E EM TEMPO HÁBIL.....	90
4.4.4. DIREITO À EXECUÇÃO DAS DECISÕES NOS TRIBUNAIS.....	91
4.4.5. DIREITOS PRESTACIONAIS.....	92
4.5. ACESSO À JUSTIÇA ADMINISTRATIVA.....	92
4.6. ÓBICES NA APLICAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.....	93
4.6.1. CUSTAS JUDICIAIS.....	94
4.6.2. TRÂMITE PROCESSUAL DEMORADO.....	95
4.6.3. DESCONHECIMENTO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS.....	97
4.6.4. LITIGANTE EVENTUAL PERANTE O HABITUAL.....	98
4.7. CONCLUSÃO.....	98
CAPÍTULO V: DIREITO INFORMÁTICO E INFORMÁTICA JURÍDICA.....	102
5.1. RESUMO SOBRE A EVOLUÇÃO INFORMÁTICA.....	102
5.2. CONCEITO DE INFORMÁTICA.....	107
5.3. TELEMÁTICA.....	109
5.4. DIREITO INFORMÁTICO.....	110
5.4.1. OBJECTO DO DIREITO INFORMÁTICO.....	112
5.4.2. METODOLOGIA ESPECÍFICA DO DIREITO INFORMÁTICO.....	114
5.4.3. IMPORTÂNCIA DA DOCTRINA PARA O DIREITO INFORMÁTICO.	115
5.5. DIREITO PÚBLICO INFORMÁTICO.....	116
5.6. INFORMÁTICA JURÍDICA.....	117
5.6.1. INFORMÁTICA JURÍDICA DOCUMENTAL.....	118
5.6.2. INFORMÁTICA JURÍDICA DE GESTÃO.....	121
5.6.3. INFORMÁTICA JURÍDICA DECISIONAL.....	124
5.7. CITIUS: UTILIDADE E BENEFÍCIOS.....	126
5.8. CONCLUSÃO.....	130
CONCLUSÃO.....	137
BIBLIOGRAFIA.....	139

INTRODUÇÃO

Este trabalho foi desenvolvido no âmbito do Mestrado em Direito pelo curso de Direito Judiciário, tem como objectivo realizar uma análise teórica da implementação da tecnologia informática computacional no trâmite processual civil, focando-se especificamente na manutenção dos princípios do devido processo legal, do contraditório, do duplo grau de jurisdição e do acesso à justiça. Procura-se com esse trabalho verificar se a implementação dessa tecnologia informática não irá ferir, dificultar ou até mesmo impossibilitar o cumprimento desses princípios jurídicos.

A tecnologia informática passou a ser incorporada no processo judicial, e através da mesma tornou-se viabilizada a desmaterialização processual. A implementação dessa tecnologia no ramo processual do Direito veio trazer uma maior celeridade no trâmite processual e uma agilidade mais acentuada na execução das tarefas necessárias para a evolução dos processos judiciais nos tribunais. Ao proporcionar facilidades processuais, tornando o procedimento mais simplificado, é preciso prestar uma atenção especial nas modificações instituídas. O procedimento processual obedece directrizes e valores presentes em princípios jurídicos que asseguram o eficiente cumprimento do Direito. Esses princípios foram formados através dos séculos e trazem consigo valores que não podem estar ausentes do procedimento processual sob pena de pôr esse procedimento em risco, e até mesmo invalidá-lo.

Devido às características das mudanças proporcionadas pela utilização da tecnologia informática computacional, alguns princípios encontram-se mais directamente afectados do que outros. O devido processo legal, princípio de importância intrínseca ao processo judicial, e do qual emanam outros princípios e garantias; foi, em razão de sua constante observância no trâmite processual, inescapavelmente influenciado pelas modificações aplicadas com a implementação tecnológica no processo.

A tecnologia informática implementada ao processo proporciona maior facilidade de comunicação entre as partes e o juiz. Essa aproximação não pode ser usada como manobra para impedir a manifestação da parte contrária. Com isso em consideração, requer-se um foco mais acentuado ao princípio do contraditório. A rapidez instituída no trâmite processual é outro factor que atinge o contraditório. Tornando mais rápido o andamento do processo nos tribunais, deve-se restar assegurado que essa rapidez não suprime de alguma forma as chances das partes exercerem o contraditório, pois isso implicaria na inviabilização do processo como um todo.

Ainda afectado pela celeridade processual aumentada, está o princípio do duplo grau de jurisdição. Em certos casos pontuais e previstos em lei, o duplo grau de jurisdição pode ser suprimido para que seja mantida a eficiência do resultado obtido com a decisão proferida. A informatização do processo traz mais rapidez para o trâmite processual, como já fora afirmado, movido por esse sentimento de aceleração e procurando aumentar ainda mais a rapidez processual, existe a tentação de se suprimir recursos apenas para se obter uma decisão judicial em menos tempo, sem se importar com as razões jurídicas que permitem a presença do respectivo recurso. A intenção de acelerar o trâmite processual não é suficiente para se excluir um recurso, e uma decisão nesse sentido requer a análise do princípio do duplo grau de jurisdição e da forma como alterações recentes vieram a influenciá-lo. Por isso, no presente trabalho é realizado um estudo sobre esse princípio e o impacto que o mesmo está a sofrer com a implementação da tecnologia computacional no processo judicial. Com o conhecimento das inovações já incorporadas, é possível se precaver de uma futura e previsível situação infrutífera.

Um dos benefícios que se procura obter com a informatização processual é uma maior acessibilidade da população à justiça. Essa busca evidencia o impacto exercido pela informatização processual no princípio do acesso à justiça. Apesar das boas intenções com que a incorporação tecnológica passou a ser utilizada no processo a fim de aproximá-lo da população, existem certos aspectos que têm de ser levados em consideração para que essa modernização não acabe por proporcionar o oposto daquilo pretendido. O acesso à justiça carrega uma reivindicação antiga e constante das pessoas, essas reclamam por uma justiça mais viável e acessível à população de modo geral. Apesar da existência dessa antiga demanda, não se pode alterar certas características sem ter consequências indesejadas no restante do processo. Dessa forma, as mudanças realizadas nos tópicos que são englobados pelo princípio do acesso à justiça precisam ser acompanhadas de uma análise específica, a fim de garantir sua eficácia.

Com a implementação da tecnologia computacional no processo judicial e todas as consequências trazidas por essa medida, torna-se necessário um estudo direccionado que apresente uma análise de cada um dos princípios acima apontados. Esse estudo serve para garantir que a informatização processual esteja a ocorrer de maneira adequada e sem ferir os pilares que sustentam o Direito processual. O presente trabalho busca preencher essa lacuna, dispondo-se a analisar os princípios acima apontados e a fornecer material teórico relevante sobre a disciplina da informática e a utilização da tecnologia informática computacional no Direito, especialmente no ramo processual civil. De posse dessas informações, é possível

realizar uma análise crítica e concreta sobre a utilização dessa tecnologia no processo judicial, em particular no processo civil. O presente trabalho é centrado no ramo civil do Direito processual e, assim, são consideradas para o presente estudo, as maneiras como os princípios em questão estão incorporados e interpretados nos procedimentos presentes no ramo processual civil.

A presente dissertação é constituída por cinco capítulos nos quais são os quatro primeiros dedicam-se ao estudado individual dos princípios do devido processo legal, do contraditório, do duplo grau de jurisdição e do acesso à justiça; um outro capítulo destina-se à análise do Direito informático e da informática jurídica, abordando a tecnologia informática processual e sua utilização pelo Direito processual. Nos capítulos que tratam dos princípios jurídicos, faz-se uma abordagem individual de cada um desses princípios, apontando-se os direitos que são garantidos pelos mesmos. Através do estudo principiológico, pode-se obter uma visão global dos princípios analisados e identificar pontualmente os impactos que a informatização processual passa a exercer. O capítulo que estuda o Direito informático e a informática jurídica constrói a análise de cada uma dessas disciplinas primeiramente com uma abordagem da disciplina da informática e evolui para um estudo específico e individual das disciplinas jurídicas do Direito da informática e da informática jurídica.

Capítulo I: PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

1.1. O DIREITO E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Para se ter uma visão científica completa de determinada matéria é essencial verificar os aspectos que constituem a estrutura do objecto a ser estudado. Essa base é que orienta o pensamento científico da matéria analisada, pois é com fundamento na mesma e dentro de seus limites que as conclusões, inovações e descobertas são fundamentadas.

Isso não é diferente no Direito, o que transforma o estudo de seus princípios uma tarefa essencial para sua compreensão.

A presença do Direito no meio social é imprescindível, pois, em qualquer tipo de sociedade organizada, a normatização do comportamento humano é obrigatória. Isso faz o Direito também essencial, pois o mesmo é responsável pela organização e cumprimento dessas normas. Ao exercer essa tarefa jurídica, esta ciência legal mantém a ordem nos mais variados sectores da vida social.

A preservação desse sentido de comunidade é necessária para uma convivência harmoniosa entre as pessoas, e é por isso que, quando uma conduta perturba essa paz, é o exercício concreto do Direito que determina que o comportamento ilícito seja punido, quer através de uma indemnização, quer seja com o encarceramento de um indivíduo. O Direito ainda tem o condão de determinar o procedimento a ser seguido em relações controvertidas entre particulares, tendo em vista a mais correcta interpretação das normas vigentes.

O Direito não envolve apenas os particulares, está presente também na esfera pública e pode ser observado ao efectuar-se o pagamento de qualquer tributo, pois só a lei pode instituir um tributo, seja ele qual for. Ainda no sector público, pode-se constatar que o controlo da Constituição é realizado pelo Tribunal Constitucional, o qual desempenha uma função pública. Quando uma empresa ingressa em concurso a fim de prestar serviços para o Estado, a mesma fica sujeita às regras do Direito Administrativo. Ao ingressar com um processo, mesmo que seja entre particulares, aquele meio jurídico deve obedecer as regras do Direito Processual durante todo seu trâmite, pois é este ramo do Direito o qual estabelece quais serão os requisitos e o procedimento a ser observado.

Vê-se, dessa forma, que o Direito está presente em todas as instâncias sociais, inclusive na intimidade de cada indivíduo. Para demonstrar a veracidade desta afirmação basta considerar que, até o casamento, base de toda unidade familiar, só ocorre caso sejam

obedecidas as normas pertinentes ao mesmo. Inclusive a união de facto, actualmente aceita, possui regras e requisitos a serem obedecidos.

Estando onnipresente, esta ciência jurídica constitui peça imprescindível na engrenagem a qual movimenta e orienta toda a máquina do Estado nacional.

Como já se pôde verificar pela breve exemplificação acima realizada, o Direito não exerce apenas a função organizadora das normas jurídicas. Muito pelo contrário, sua funcionalidade e amplitude abrangem toda a orientação política da grande maioria dos Estados, dentre os quais se encontra Portugal. Isso, pois, a maioria dos países no mundo constitui Estados de Direito, ou seja, posicionam esta ciência na base de sua construção e submetem-se à sua regência. Todo Estado de Direito tem a observância deste como uma prioridade necessária para manter intactas as bases de sua estrutura.

Envolto com essa importância vital ao funcionamento de todo o Estado, o Direito, em sua organização, deve conservar as ideias que iniciaram o sentimento de Justiça, assim como aqueles pensamentos que sedimentaram a correcta aplicação daquele. Essas premissas incorporadas no Direito correspondem a seus princípios, e estes trazem consigo a informação que garante, não só o Direito em si, mas também que sua aplicação seja justa e correcta.

Os princípios do Direito norteiam todo o pensamento jurídico. Esses princípios são responsáveis pela orientação e exercício do Direito sendo, assim, enunciados orientadores de toda esta ciência. A importância desses princípios é intrínseca a existência do próprio Direito¹.

Confirmando a grande importância com a qual os princípios devem ser encarados, o autor Fredie Didier Jr. afirma o seguinte:

“A aplicação das normas constitucionais processuais, especialmente aquelas relacionadas aos direitos e garantias fundamentais, deve pautar-se nas seguintes premissas: i) os princípios são normas jurídicas, com força normativa imediata; ii) são normas garantidoras de direitos fundamentais e, portanto, toda a teoria dos direitos fundamentais deve ser-lhes aplicada. Talvez esses sejam os dois pilares do neoconstitucionalismo: a teoria dos princípios e a teoria dos direitos fundamentais”².

Os direitos fundamentais garantem ao ser humano valores essenciais a fim de que a vida humana seja regrada com a dignidade necessária para que a sobrevivência do indivíduo seja possível. Estão, assim, no mais alto patamar da protecção judiciária e política. Seu cumprimento é de prioridade absoluta para qualquer Estado.

¹ “[...] os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido a sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou a sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito)”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes - *Direito constitucional*. 7ª edição, Coimbra: Almedina, 3ª reimpressão, 2006, p. 1160.

² DIDIER JR., Fredie (a) - *Teoria geral do processo e processo de Cconhecimento*. In “Curso de direito processual civil”. 11ª edição, Salvador/BA, Brasil: Editora Podium, Volume 1, 2009, p. 22.

Sendo alguns dos princípios jurídicos enquadrados como direitos fundamentais, fica demonstrada sua relevância para o Direito. Ao ocupar esse patamar elevado no mundo jurídico, é de máxima importância o cumprimento desses princípios em todos os ramos do Direito, incluindo-se aqui o Direito processual. Seu descumprimento no processo, em específico, pode chegar a comprometer a Justiça garantida e protegida pelo Direito.

Com o esclarecimento acima apontado e com a noção de sua função estruturante no Direito, conclui-se que a obediência aos princípios jurídicos é, não só importante, mas vital para a organização e ordenação desta ciência.

As variadas esferas jurídicas também devem ser sujeitadas e pautadas por princípios, só que nessas diferentes áreas jurídicas, princípios mais específicos são empregados. Por exemplo: no Direito Penal é aplicado o princípio do *in dubio pro reu*, já no Direito do Trabalho existe o princípio da primazia da realidade, no Direito Civil há o princípio da autonomia privada, no Direito processual o princípio do duplo grau de jurisdição, isto para citar apenas alguns. Essas particularidades e individualizações organizam, ordenam e garantem uma maior eficácia na aplicação concreta das normas incluídas nas respectivas ramificações.

1.2. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

No que diz respeito à esfera processual, este ramo do Direito, ou seja, o direito processual, também possui uma série de princípios particulares ao mesmo. Essas regras orientam e organizam tanto as normas que são directamente aplicadas nesta categoria legal, quanto orientam o procedimento a ser observado por todo o trâmite processual.

Dentre os princípios compreendidos no direito processual, existe um que se sobressai, este seria o princípio do devido processo legal.

Deste princípio surge a verdadeira orientação básica de todo o procedimento processual. Dele são derivadas diversas garantias e princípios norteadores do ramo processual. O princípio do devido processo legal é constantemente observado nos processos judiciais e administrativos, pois, até nos procedimentos administrativos, deve ser assegurada a igualdade processual e o contraditório, para citar só algumas das premissas derivadas do devido processo legal.

A noção deste princípio que constitui a verdadeira base da estrutura processual precisa de uma análise mais aprofundada pois é inevitável que, ao ocorrer qualquer alteração no processo judicial, o mesmo sofra os reflexos dessa mudança. Ademais, ao se cogitar qualquer

modificação no processo judicial, deve ser automático o cuidado para que a observância do devido processo legal não seja perturbada. Por isso, o estudo deste princípio será mais detalhadamente desenvolvido e densificado no presente trabalho.

1.3. EVOLUÇÃO E IMPORTÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A primeira aparição deste princípio ocorreu com a Magna Carta de João Sem Terra de 1215. O termo consagrado foi utilizado em lei inglesa de 1254.

That every freeman for every injury dono him in his goods, lands or person, by any other person, ought to have justice and right for the injury dono to him freely, without sale, fully without any denial, and speedily without delay, according to the law of the land. (Declaração de Delaware, em 02/09/1776, Secção 12)³.

Entretanto, a origem do devido processo legal remonta aos reinados de Henry I (1100-1135) e Henry II (1154-1189). Mesmo assim, sua assinatura ocorreu no documento assinalado, em 1215, como resta afirmado acima.

Posteriormente esse conceito foi passado para as colônias inglesas e finalmente chegou à Federação Americana. Neste país o princípio do devido processo legal, chamado *due process of law*, ganhou importância e sua aplicação tornou-se prioridade do Estado.

Nos seus primórdios, o devido processo legal era frequentemente confundido com o direito proveniente dos costumes ingleses, mais conhecido como *common law*. Os termos *due process* e *law of the land* eram praticamente sinónimos mesmo na colônia americana. No início, esse princípio parecia cuidar apenas de algumas garantias processuais de utilidade do acusado. Dentre essas garantias encontram-se o julgamento pelo júri e o igual tratamento processual. Entretanto, para obterem-se essas garantias, era necessário haver uma limitação do poder governamental. Isso posteriormente ficou mais evidente e, então, o princípio do devido processo legal passou a ser visto como um meio, alcançável através do Judiciário, de controlar arbitrariedades e decisões aleatórias do governo que afrontem a propriedade, a liberdade e a vida do indivíduo.

Composto de várias garantias processuais e servindo de verdadeira fonte para outros princípios jurídicos, o princípio do devido processo legal tem uma definição difícil. Delimitar a actuação desse princípio e especificar seu campo de aplicação constitui árdua tarefa. Este princípio está presente em todo o ramo do Direito processual e dele afloram diversas

³ *Ibidem*, p. 29.

garantias. A evolução do Direito e a própria evolução desse princípio processual torna o devido processo legal mais abrangente.

Sobre sua amplitude e sua pluralidade de valores, o estudioso Paulo Fernando Silveira afirma o seguinte:

“O princípio do devido processo legal incorpora valores culturais amplos e profundos sentimentos de justiça sedimentados por séculos na cultura do povo anglo-saxão, inclusive em sua progenie americana. Diante da amplitude do conceito, não pode ser definido e dissecado tecnicamente, mas se manifesta e interpenetra no direito, e é sentido pelo homem comum e de bom senso, em virtude da carga de evidência que carrega em si mesmo”⁴.

O sistema jurídico norte-americano é o que mais desenvolveu e estudou o princípio do devido processo legal. Estando esse princípio apoiado em três pilares vistos como vitais para a sociedade, especialmente à sociedade norte-americana, não é surpresa a devoção desse país a este princípio. Assegurando a vida, a liberdade e a propriedade dos cidadãos, o princípio do devido processo legal encontra-se analisado em inúmeras decisões das Cortes dos Estados Unidos.

Tendo isso em vista, e abordando a importância do princípio do devido processo legal, o Chief Justice Burger, da Suprema Corte dos Estados Unidos pronunciou-se neste sentido:

“The Due Process concept embraced in our Constitution traces directly back near 600 years to Runnymede. It is more than a technical legal concept for it pervades our Constitution, our laws, our system, and our very way of life – that every person shall be accorded what is due”⁵.

A fim de garantir um tratamento igualitário às partes de um processo, a ideia do *due process of law* fornece premissas as quais asseguram que o procedimento processual seja justo e a decisão proveniente do mesmo seja pautada pelas normas às quais a população deve ser submetida.

Entretanto, essa ideia de igualdade, apesar de constar na formação desse princípio, não fora efectivamente aplicada desde o início. Apenas depois das Emendas V e XIV à Constituição dos Estados Unidos é que o devido processo legal tomou outro corpo. A Emenda V deixa claro que o direito à liberdade e à propriedade obedecem ao devido processo legal, o *due process of law*. Mas ainda persiste o carácter formal durante a Emenda V.

Na Emenda XIV, há grande transformação, isso porque já não mais se fala, apenas, do devido processo legal, mas na igual protecção da lei: *equal protection of law*. Então, depois da

⁴ SILVEIRA, Paulo Fernando - *Devido processo legal – Due process of law*. 3ª edição, Belo Horizonte/MG, Brasil: Editora Del Rey, 2001, p. 236

⁵ BURGUER, Warren E - *Magna Carta and the tradition of liberty*. US Capitol Society, 1976, preface, *apud* SILVEIRA, *op. cit.*, p. 236.

Emenda XIV, sobretudo com a aplicação que a Suprema Corte Americana faz da cláusula, dá-se uma abrangência muito maior. O devido processo legal passa a significar a “igualdade na lei”, e não só “perante a lei”, e fica assim enunciado:

That no freeman ought to be taken or imprisoned, or disseized of his freehold, liberties, or privileges, or outlawed, or exiled, or in any manner destroyed, or deprived of his life, liberty, or property, but by the judgement of his peers, or by the law of the land. (Constituição Americana, XXI).

O princípio em questão tornou-se o responsável pelo tratamento de igualdade às partes do processo, seu enunciado adquiriu relevância de primeira grandeza e viu-se essencial para a formação do Estado de Direito como um todo.

A professora Lúcia Valle Figueiredo também chama o *due process of law* como o princípio da igualdade, devido a demanda do tratamento igualitário para as partes do processo. Esta estudiosa, no tocante à importância desse princípio, afirma o seguinte:

“O princípio da igualdade é a mola propulsora do Estado de Direito; sem seu cumprimento o exercício da função administrativa seria realmente sem sentido. Não se concebe possa estar a função administrativa debaixo da lei e sem respeitar o princípio fundamental, matriz de todos os outros.

“Em decorrência, o princípio da igualdade deve, de ponta a ponta, nortear toda atividade da Administração e os provimentos, por esta emanados, só serão válidos à medida que estejam atendendo ao princípio”⁶.

Já aqui este princípio começa a ser visto como superior e responsável por reger não só o Direito processual, mas também a orientação do Estado de submeter-se e obedecer a Lei.

Limitando o pensamento ao campo do Direito processual, o *due process of law* tem uma importância mais acentuada em relação aos outros pois o mesmo orienta todo o andamento processual, como já fora apontado anteriormente. Este princípio encontra-se densificado através de outros princípios e garantias processuais derivados de seu próprio conteúdo.

Verdadeiros princípios basilares ao Direito Processual surgem do devido processo legal. Este é intimamente responsável pela garantia da ampla defesa, do contraditório, e até mesmo do acesso à justiça, para citar apenas algumas garantias e princípios os quais emanam daquele.

Devido a essa abrangência, fica difícil definir em poucas palavras o que representa o *due process of law*. Isso, pois, ao se tentar realizar essa tarefa de forma completa, devem ser definidos os princípios e garantias as quais derivam do mesmo. Dessa forma, diriam que, em

⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle - Estado de Direito e devido processo legal. *Revista Diálogo Jurídico*, [em linha] Salvador/BA, Brasil: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, (Fevereiro, 2002). [Consult. 29 de Março de 2009]. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-LUCIA-VALLE-FIGUEIREDO.pdf.

vez de se definir um princípio, se estaria a descrever uma série de garantias, sendo a definição, dessa forma, inexacta e lançada à sorte.

Com essa pluralidade e por servir de origem para outros princípios e garantias processuais, o *due process of law* é norteador do ramo processual, pautando todo o procedimento a ser seguido. É devido a essa característica orientadora que este princípio é considerado superior e regente do sistema processual⁷.

Resta claro que a função do princípio debatido neste tópico não se limita apenas a um capricho processual, nem, muito menos, a um detalhe que pode ser olvidado por essa esfera jurídica. O cumprimento dos preceitos ditados pelo *due process of law* deve ser obrigatório e condicional, não só para a formação de um processo judicial, mas para a eficácia de todo o seu trâmite. Isso deve ser efectivamente fiscalizado e garantido pelo juiz responsável pelo julgamento do respectivo processo. Uma acção ou omissão no sentido de suprimir qualquer direito assegurado pelo devido processo legal põe em risco o futuro da acção judicial e pode, inclusive, invalidar o processo ou a decisão proveniente do mesmo.

Esta atenção não deve ser exigida apenas dos operadores do Direito, ela deve ser estendida, também, aos legisladores. Estes possuem a competência de elaborar leis capazes de modificar certos aspectos processuais, bem como incluir novos veículos de informação a serem utilizados no trâmite do mesmo.

Ao se elaborar uma norma capaz de modificar o procedimento processual, os autores da mesma não podem deixar de ter em mente os princípios que compõem toda a ciência responsável por esse ramo do Direito. Esses princípios representam o eixo que mantém a eficiência do Direito processual. Anulá-los seria um desrespeito e um atentado à Justiça em si.

É por essa indispensabilidade ao bom andamento processual que o devido processo legal encontra-se assegurado e constitucionalmente previsto na Constituição da República Portuguesa em seu artigo 20º, nº 4⁸.

O processo equitativo é garantia directamente retirada do devido processo legal e desta afirmação resta assegurado, conseqüentemente, o direito ao contraditório e à ampla defesa. Esses direitos são garantias indispensáveis a qualquer tipo de processo, seja ele judicial ou administrativo. A supressão dos mesmos, caso ocorra pelo governo, representa uma afronta

⁷ No mesmo sentido diz Humberto Theodoro Júnior: “O *due process of law* realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento”. THEODORO JÚNIOR, Humberto – *Teoria geral do direito processual civil e processo do conhecimento*. In “Curso de Direito Processual Civil”, 41ª edição, Rio de Janeiro/RJ, Brasil: Editora Forense, 2004, Volume 1, p. 24.

⁸ Constituição da República Portuguesa, artigo 20º – 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

directa a tripartição dos poderes, e caso essa eliminação seja proveniente do Judiciário estaria este Poder agindo tiranamente e contrário a tudo aquilo que deve ser protegido, ou seja, os direitos individuais da população; na hipótese ainda do devido processo legal ser suprimido pelo Legislativo, ou seja, através de norma elaborada por este Poder, está caracterizada a inconstitucionalidade dessa norma pela mesma ir de encontro a um preceito constitucional, devendo, assim ser anulada.

1.4. GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A presença do *due process of law* no sistema jurídico português tem como consequência a observação de uma série de garantias. Essas garantias são asseguradas não só no processo civil, mas em todo o direito processual, seja o administrativo, o penal, o tributário ou outro. Tais garantias permitem com que as partes tenham asseguradas as suas faculdades e poderes processuais, da mesma forma que, por outro lado, a jurisdição exerça correctamente a sua função⁹. Esse factor pluralístico do devido processo legal rejeita a visão inicial que se obtinha do mesmo. Esse princípio não pode ser visto como protector exclusivo dos interesses das partes de um processo, muito pelo contrário, o mesmo garante a existência objectiva do processo como factor legitimante do exercício da jurisdição.

Sua pluralidade principiológica o imprime em todo o ramo do Direito processual e sem limitar sua presença a um momento exclusivo no processo judicial. O *due process of law* desdobra-se em uma série de garantias que têm sua obediência expandida por todo o sistema processual. Como um exemplo dessa actuação constante das garantias emanadas do devido processo legal, pode-se citar, a garantia do juiz natural. Através dessa garantia as pessoas não precisam mais se sujeitar a juízos ou tribunais de excepção, fica assegurado um juiz devidamente competente, nomeado aleatoriamente como responsável pelo processo e com imparcialidade obrigatória.

Outras garantias provenientes do devido processo legal e que guardam maior pertinência com o que está a ser debatido no presente trabalho são o contraditório e a ampla defesa. Essas duas garantias devem estar presentes em todos os processos, mesmo nos administrativos. Havendo litigantes ou acusados em um processo, a observância dessas duas

⁹ CINTRA, António Carlos; PELLEGRINI, Ada; DINAMARCO, Cândido Rangel - *Teoria geral do processo*. 18ª edição, São Paulo/SP, Brasil: Malheiros Editores, 2002, p. 82.

garantias é obrigatória¹⁰. Qualquer alteração processual que seja realizada não pode ter como consequência a exclusão dessas garantias. E, devido a sua importância intrínseca ao processo, as mesmas não podem ter suas presenças apenas incidentalmente asseguradas.

Considerando o teor dos princípios do contraditório e o da ampla defesa, surge quase como consequência lógica para o devido processo legal a garantia de igualdade processual às partes do processo. Essa garantia também é directamente proveniente do princípio da isonomia. A aplicação dessa garantia é uma verdadeira conquista processual, pois a partir dela as partes são vistas em pé de igualdade. Disso acarreta que, através do exercício do contraditório, a resposta a uma acusação é analisada com a mesma importância da peça inaugural, sem prejuízo de valores. São fornecidas, a ambas as partes do processo, iguais chances de demonstrar seu direito.

Tendo isso em vista e de forma a suprir uma deficiência, assegurar a igualdade processual e garantir que uma das partes não seja julgada sem a devida representação, a defensoria pública assume casos de quem não dispõe de meios próprios de defesa. O exercício dessa função termina por permitir que a garantia do acesso à justiça seja, conseqüentemente, assegurada. Sabendo que é o devido processo legal que garante a igualdade processual, é possível verificar a abrangência desse princípio que expande sua influência para outros princípios.

O devido processo legal é o princípio que certifica que as decisões judiciais sejam devidamente publicadas e motivadas. Isso eleva as garantias de publicidade e motivação das decisões judiciais a um nível de importância essencial para o desenvolvimento processual. A maior transparência proporcionada pela utilização da informática computacional está directamente atingindo o princípio da publicidade no processo judicial. Isso serve para demonstrar que, até nas inovações de publicidade dos atos processuais, o devido processo legal é influenciado. Através dessa evidência, verifica-se a necessidade do cuidado que foi dispendido na modernização tecnológica do processo judicial.

Esse cuidado preventivo que atrasou a implementação da informática computacional no processo judicial não deve ser encenrrado, pelo contrário, uma vez que essa tecnologia fora implementada no processo judicial, os estudos devem permanecer sendo realizado a fim de fornecer uma visão actualizada dos impactos apresentados.

¹⁰ Vale ressaltar que o inquérito policial não constitui uma fase processual, e sim uma fase de investigação administrativa. Nesta etapa ainda não há processo, assim, não existe acusado nem litigante. Por essa razão deixam de ser aplicados o contraditório e a ampla defesa.

Da mesma forma que as garantias logo acima mencionadas devem ser obedecidas, serão consideradas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. Essa garantia determina que qualquer prova obtida de maneira ilícita será, automaticamente, inutilizável no processo.

O sigilo de dados e comunicações em geral é uma garantia a ser respeitada, só podendo haver restrições a mesma e acesso a essas informações apenas de acordo com a lei e através de ordem judicial. Caso obtidas de outra forma, essas informações serão consideradas ilegais e conseqüentemente inutilizáveis.

O avanço tecnológico torna mais simples o acesso às informações pessoais, porém nem por isso esses dados podem ser banalizados. Seu teor privado permanece inalterado e facilidades presentes e futuras não derogam ou ultrapassam aquilo determinado em lei.

Diante do conteúdo apontado, é possível concluir que as diversas garantias derivadas do devido processo legal, tais como a do acesso à justiça, constitucionalmente assegurada, e observada no direito de acção como direito à prestação jurisdicional; da mesma forma como o direito de defesa, que assegura o direito à adequada resistência às pretensões adversárias; têm como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do devido processo legal¹¹. O direito ao processo não pode ser encarado como a simples sequência de actos ordenados em um determinado procedimento. Neste procedimento deve ser obedecido o contraditório e devem ser aplicadas todas as garantias que assegurem a ambas as partes oportunidades que as permitam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. Sem isso o devido processo legal não estará presente e a função jurisdicional tornar-se-á ilegítima.

A observação dos princípios do devido processo legal e do acesso á justiça são os verdadeiros pilares do ramo processual. Sua existência assegura a correcta implementação procedimental do processo judicial, assegurando, também, que sejam observadas todas as garantias essenciais para que se alcance uma decisão livre de mácula e concordante com os preceitos legais. Os doutrinadores António Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, em seu livro Teoria Geral do Processo, afirmam que:

“Hoje, mais do que nunca, a justiça penal e a civil são informadas pelos dois princípios constitucionais: o acesso à justiça e o devido processo legal. Destes decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à ‘*ordem jurídica justa*’.”¹².

¹¹ Ibidem, p. 84.

¹² Ibidem, p. 84.

As garantias derivadas do princípio do devido processo legal e que foram acima apontadas não perfazem a totalidade das garantias emanadas deste princípio. Sempre há a possibilidade de desdobramentos, e, além disso, tendo em vista a grande quantidade de garantias derivadas do mesmo, sempre fica por faltar alguma por mais minucioso que seja o rol.

Essa pluralidade principiológica e garantística situa o devido processo legal em todas as fases processuais e o torna responsável por todo o andamento processual. Observando as garantias originárias desse princípio pode-se constatar sua amplitude e contemplar sua importância que, tendo em vista a impossibilidade de nomear exaustivamente as garantias e princípios derivados do devido processo legal, torna difícil limitar sua área de abrangência. Essa é a razão pela qual as inovações processuais que visam responder exigências da população exigem a análise desse princípio e sua coexistência com o mesmo. A compatibilidade do devido processo legal deve sempre existir com todos os institutos processuais, assim como com as tecnologias implementadas no processo judicial. Essa condição deve ser sempre examinada e assegurada, pois sem a mesma uma possível modernização torna-se inviável.

1.5. DUALIDADE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Através da evolução e estudo do devido processo legal, este passou a existir em duas dimensões, a processual e a substantiva. A dimensão processual é facilmente verificada e é a mais comumente utilizada. Já a dimensão substantiva do devido processo chega a ser vista como uma forma de controlo que o Judiciário exerce sobre os outros Poderes, seja o Legislativo ou o Executivo. Esse controlo não deve ser visto com desconfiança pelos outros Poderes, pois o mesmo floresceu exactamente do dever de afastar da população qualquer tipo de opressão proveniente dos poderes eleitos, seja esta materializada por leis ou actos administrativos.

O ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Carlos Velloso, apresentou de forma clara a diferença da dimensão processual da substantiva. Essa diferença foi apontada na decisão a qual concede medida liminar na Acção Declaratória de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.511-7 – DF:

“Due process of law, como conteúdo substantivo – substantive due process – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça devem ser dotadas de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (rationality), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexó com o objectivo que se quer atingir. Paralelamente, o due process of law, com

Com o que se retira da transcrição acima se pode afirmar que a dimensão processual cuida da aplicação do princípio da igualdade. Com isso, garante-se, às partes de um processo, direito à prévia defesa e oportunidades iguais para a prática de actos processuais, isso inclui a aplicação concreta do contraditório, o qual assegura que o réu pronuncie-se por último.

Diferentemente, a dimensão substantiva actua na interpretação das leis. A conformidade das normas com a Constituição está sempre sendo monitorada pelo Judiciário que, no exercício de seu poder político constitucional, assegura a constitucionalidade das leis. Esse controlo é desempenhado ponderando-se a razoabilidade do senso comum e a necessidade das leis, quando estas agredem direitos individuais fundamentais. Caso o governo encontre a necessidade de restringir certas liberdades civis, requer-se que seja apresentada uma “ampla justificação dos imperiosos motivos ensejadores da lei, devidamente comprovados de modo concreto, caso a caso”¹³ Essas justificativas devem ser específicas e de razões concretas, não se devem usar expressões genéricas como “a soberania do interesse público sobre o particular”, “interesse nacional”, ou apenas “interesse público”. Razões de abrangência indeterminada não oferecem motivos para que sejam restringidas as liberdades penosamente conquistadas pela população.

Vejam-se a seguir uma análise mais detalhada de ambas as dimensões do devido processo legal.

1.5.1. DIMENSÃO PROCESSUAL

Desde a existência formal do devido processo legal, e no decorrer dos séculos, a dimensão processual desse princípio é a mais fácil de ser visualizada. Inclusive, durante um longo período, essa dimensão era dita como a única a ser aplicada e diversos pronunciamentos de juízes norte-americanos confirmam essa tendência restritiva.

Uma vez que esse entendimento já se encontra sedimentado devido a sua longa existência, a projecção de sua implementação concreta não é difícil de ser vislumbrada. Entretanto, por estar presente de forma tão essencial e há tanto tempo, a presença desse princípio é vista como automática. Por existir dessa forma no mundo processual, sua identificação individual, em vez de ser facilmente apontada, enseja um certo desafio.

¹³ SILVEIRA, *op.cit.*, p. 240.

Essa dimensão processual do devido processo legal, também chamada de dimensão procedimental, abrange os direitos que asseguram o cumprimento das garantias procedimentais a serem observadas. Ou seja, nessa dimensão estão os direitos que asseguram ao indivíduo que, quando uma lei ou acto administrativo for aplicado, não lhe serão suprimidas garantias procedimentais existentes. Essas garantias devem ser obedecidas pelos agentes competentes de conduzir os ritos procedimentais. Dessa forma, na dimensão processual do devido processo legal, o cumprimento das garantias procedimentais por seus agentes é analisada. Essa verificação ocorre para que seja garantida a observância da lei ou regulamento que delimita o respectivo procedimento. O estudioso Paulo Fernando Silveira define da seguinte forma esta dimensão procedimental:

“O devido processo legal procedimental refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo ou a ordem judicial são executados. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei, ou do regulamento, viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato. Em outras palavras, refere-se a um conjunto de procedimentos (como informar alguém do crime de que está sendo acusado, ou seu direito de consultar um advogado), que deve ser aplicado sempre que de alguém for retirada alguma liberdade básica”¹⁴.

Abordando a dimensão processual do devido processo legal, J. J. Gomes Canotilho delimita a área na qual essa dimensão actua. Em seu texto, o referido autor nomeia essa dimensão de “teoria do processo devido por qualificação legal”, e reafirma a necessidade de haver uma análise procedimental do Judiciário para que se assegure que a medida restritiva de direitos, a que o indivíduo será submetido, seja alcançada na forma como está prescrito em lei¹⁵.

Conclui-se, assim, que o devido processo legal procedimental protege os princípios que asseguram igual tratamento das partes de um processo, um direito de resposta e a possibilidade de defender-se de quaisquer acusações. Ou seja, permite que o indivíduo ao procurar a protecção ou reivindicação de seus direitos o consiga de forma justa e de acordo com a aplicação correcta da lei.

Essa é a aplicação mais usual e mais fácil de ser visualizada do devido processo legal. Caso uma pessoa, sem conhecimentos mais aprofundados, apenas ler o nome desse princípio, concluirá que o mesmo diz respeito apenas a esse aspecto procedimental. Isso demonstra que essa é a visão automática que se tem do princípio do devido processo legal. Esse

¹⁴ *Ibidem*, p. 242.

¹⁵ “A teoria processual (*process oriented theory*), que poderíamos designar também por *teoria do processo devido por qualificação legal*, limita-se a dizer que uma pessoa ‘privada’ dos seus direitos fundamentais da vida, liberdade e propriedade tem direito a exigir que essa privação seja feita segundo um processo especificado na lei. Consequentemente, o acento tónico deve colocar-se na observância ou não do processo criado por lei para a aplicação de medidas privativas da vida, liberdade ou propriedade”. CANOTILHO, *op. cit.*, p. 494.

entendimento inicial coincide com essa visão restrita mas foi gradativamente superada, como será visto posteriormente.

Entretanto, apesar de haver evoluído e possuir uma abrangência maior, essa dimensão procedimental do devido processo legal não foi abolida e permanece necessária para que o andamento processual ocorra de acordo com todos os preceitos legais. As garantias discriminadas e exigidas por essa dimensão procedimental asseguram o correcto e igualitário desenvolvimento processual.

Os estudos e as ideias inovadoras nesta área podem trazer aprimoramentos e desvendar outros aspectos desse princípio, porém jamais podem diminuir sua aplicação e muito menos retirá-la do ramo processual. O devido processo legal processual é a ferramenta última que assegura a correcta aplicação legal e que atesta a justiça, necessária à todas decisões judiciais.

1.5.2. DIMENSÃO SUBSTANTIVA

Em 1787, mesmo com uma Constituição escrita e rígida, os Estados Unidos ainda não haviam despertado para o teor substantivo do devido processo legal. Esse país ainda estava muito dependente da ideia da *common law* adoptada na Inglaterra. Por isso, a noção do devido processo legal aplicada era exclusivamente a processual. Esse entendimento preponderou por quase um século, quando, finalmente, fora vislumbrada sua dimensão substantiva.

Esse amadurecimento aconteceu quando se verificou que, contrário ao que era implementado na Inglaterra através da *common law*, os Estados Unidos possuía um sistema jurídico que era calcado na edição de leis. Ou seja, além de ter uma Constituição escrita, o sistema legal norte-americano era baseado na edição de leis elaboradas pelo Congresso Nacional e pelas Assembleias dos Estados. A *common law* (formada por costumes) era aplicada de forma residual, caso não houvesse legislação sobre a matéria em questão.

Ficaram mesclados, assim, dois sistemas jurídicos, o continental europeu, o qual adopta as leis e a Constituição escrita, com o sistema saxão, baseado em costumes sustentados por uma série de princípios éticos. O sistema continental europeu é prioritário, já o saxão é aplicado apenas na ausência daquele.

De acordo com o modelo constitucional americano, o Judiciário tornou-se um poder político activo o qual pode anular leis e actos administrativos. Confirmando essa prerrogativa, o célebre juiz John Marshall, instituiu a *judicial review*, a qual permite ao Poder Judiciário analisar a conformidade das leis e actos administrativos com a Constituição. Isso forneceu ao

Judiciário um tratamento igualitário com relação aos outros Poderes. Aquele Poder, autónomo e independente dos demais, ficou responsável pela fiscalização dos limites constitucionais do Executivo e do Legislativo, através da *judicial review*. Ao apreciar as normas jurídicas, o Judiciário deve examiná-las verticalmente em face à Constituição para assegurar que não há conflitos entre as mesmas. Ao realizar tal comparação, sendo um caso de conflito, deve ser explanado o motivo da inviabilidade no mundo jurídico da norma analisada, e, por último, fazer prevalecer a Constituição.

Entretanto, o devido processo legal substantivo, vai além das funções consagradas pelo *judicial review*. Através da dimensão substantiva daquele princípio, o Poder Judiciário assegura sua independência como poder político e protege de forma mais eficaz os indivíduos da intrusão e opressão do Estado, veiculada pelas leis ou actos administrativos.

A diferença é que, com o *judicial review*, confronta-se a lei em comparação àquilo que consta na Constituição. Caso haja uma incongruência entre ambas, a lei é anulada em detrimento à Constituição. Diferentemente, o devido processo legal substantivo, vislumbra as leis e actos administrativos verificando o aspecto negativo dessas normas, ou seja, aquilo no qual o governo não pode interferir. Essas matérias que não podem ser suprimidas pelo governo geralmente dizem respeito a direitos fundamentais, e esses direitos não podem ser interferidos sem a apresentação de motivação devidamente comprovada com uma situação de interesse público concreto e urgente. Mesmo assim, esses direitos não podem ser suprimidos em sua totalidade.

Essa concepção substantiva do devido processo legal surgiu nos Estados Unidos, em 1856. No caso *Wynehamer v. People* – Nova York, 1856 – declarou-se a possibilidade das instâncias inferiores do Judiciário anularem leis ou actos administrativos os quais representassem uma afronta aos direitos fundamentais dos indivíduos. Esse posicionamento foi confirmado pela Suprema Corte norte-americana em 1857. Entretanto, demorou cerca de 10 anos para que esse conceito fosse assimilado, mas depois desse período, sua força foi reconhecida e o devido processo legal passou a ser exercido em suas duas dimensões, a processual e a substantiva.

Consagrado desde o século 19, o devido processo legal substantivo orienta o Direito e seus respectivos os atos e leis. Consequentemente, os atos e leis processuais devem submeter-se às orientações advindas dessa dimensão do devido processo legal. Considerando isso que fora afirmado, ao ser implementada a tecnologia informática computacional no processo judicial, deve-se estar atento aos aspectos que essa tecnologia não pode alterar ou suprimir. O foco principal que se dá é para o que a informática computacional passa a oferecer, no

entanto, nem sempre essas possibilidades são desejadas. Através da informática computacional torna-se fácil obter informações pessoais que trazem um caráter particular privado. Essa é uma facilidade apresentada por esse tipo de tecnologia, mas, ao mesmo tempo em que isso se torna possível, essa mesma possibilidade afronta o direito de todo ser humano à privacidade. Esse é um aspecto que não pode ser ultrapassado e que, caso é protegido pelo devido processo legal substantivo.

O eminente autor J. J. Gomes Canotilho, em sua obra, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (7ª ed.), discorre sobre o devido processo legal substantivo, este autor aponta a passagem do devido processo legal exclusivamente processual para abranger, também, uma dimensão substantiva. Não deixa de ser mencionado que essa dimensão substantiva protege direitos dos cidadãos que não podem ser suprimidos ou manuseados, quer seja pelos legisladores, quer seja pelo governo de forma geral¹⁶.

Essa dimensão substantiva do devido processo legal também é utilizada para serem examinados conflitos entre duas normas de hierarquia constitucional, ou seja, normas provenientes da mais alta hierarquia legal.

Um conflito entre normas constitucionais não pode existir. Uma vez que essas são as normas que orientam todo sistema político e jurídico do Estado, uma divergência entre normas dessa importância gera uma insegurança inevitável assim como uma instabilidade no sistema judiciário. O autor Fredie Didier Jr. afirma o seguinte no tocante a conflitos legais dessa natureza: “Há que ressaltar, também, o princípio da unidade da Constituição, segundo o qual nenhuma norma constitucional pode ser interpretada em contradição com outra do mesmo quilate. A somatória destes fatores leva à necessidade de se chegar à ‘concordância prática’ destas normas”.¹⁷ Ou seja, deve-se transportar esse choque normativo ao caso concreto com o intuito de verificar os valores que devem prevalecer e qual norma traz esses valores.

Para realizar essa comparação usa-se o princípio da proporcionalidade em sentido restrito ou da ponderação de interesses. Esse princípio é responsável pela concretização dos

¹⁶ “Passou-se, assim, a falar-se de *processo devido substantivo*. O problema nuclear da exigência de um *due process* não estaria tanto – ou pelo menos não estaria exclusivamente – no procedimento legal mediante o qual alguém é considerado culpado e castigado (‘privado da vida, da liberdade e da propriedade’) por haver violado a lei, mas sim no facto de a lei poder ela própria transportar a ‘injustiça’ privando uma pessoa de direitos fundamentais. Às autoridades legiferantes deve ser vedado o direito de disporem arbitrariamente da vida, da liberdade e da propriedade das pessoas, isto é, sem razões materialmente fundadas para o fazerem. Radica aqui também um dos argumentos invocados para, posteriormente, se defender a *judicial review of legislation*. Os juízes, baseados em princípios constitucionais de justiça, poderiam e deveriam analisar os requisitos intrínsecos da lei. Mais um passo era dado para a evolução do processo devido. Este passará a ser considerado como *protecção alargada de direitos fundamentais* quer nas dimensões processuais quer nas dimensões substantivas”. Ibidem, pp. 494-495.

¹⁷ DIDIER JR. (a), *op. cit.*, p. 34.

direitos fundamentais, e permite que esses direitos sejam analisados face ao caso concreto e aos princípios constitucionais. Sobre esse princípio e sua importância autor Willis Santiago Guerra Filho aponta o seguinte:

“O princípio em tela, portanto, começa por ser uma exigência cognitiva, de elaboração racional do direito – aqui vale lembrar a sinonímia e origem comum, na matemática, dos termos ‘razão’ (lat. *Ratio*) e ‘proporção’ (lat. *Proportio*) –, o que explica a circunstância de ele figurar entre os cânones metodológicos da chamada ‘interpretação constitucional, aquela a que se deve recorrer quando o emprego da hermenêutica jurídica tradicional não oferece um resultado constitucionalmente satisfatório’¹⁸.

Sendo feita essa análise concreta da aplicação das normas é aplicada aquela que oferece maior segurança e carrega valores correctos a serem utilizados. Assim, o princípio da proporcionalidade “torna possível a justiça em caso concreto, flexibilizando a rigidez das disposições normativas abstratas”¹⁹.

De forma conclusiva pode-se dizer que a dimensão substantiva do devido processo legal apresenta mais uma função do Judiciário, é a de preservar e garantir os direitos fundamentais dos indivíduos através da fiscalização do Executivo e do Legislativo, a fim de assegurar que os actos desses Poderes não afrontem direitos constitucionalmente previstos.

Essa prerrogativa eleva a importância do Judiciário e o coloca em uma posição de igualdade no que diz respeito aos outros Poderes. Havendo autonomia e independência do Judiciário, preconizada na teoria da tripartição dos poderes, esse controlo processual substantivo serve para consolidar a ideia de Estado de Direito e afastar qualquer hipótese ditatorial de governo.

1.6. O DUE PROCESS OF LAW E O DECRETO-LEI 303/2007

Já ficou claro que certos aspectos os quais dizem respeito a direitos fundamentais ou que constituem garantias as quais asseguram a coerência do sistema legal não podem ser alterados ou suprimidos. Apenas mediante situações extremas de veemência concreta e urgente é que, após facticamente fundamentado e motivado, essas prerrogativas e direitos podem ser moderadamente alteradas ou restringidas.

Como já foi apontado, o próprio Judiciário analisará a manutenção e afronta a esses direitos e garantias. A evolução do devido processo legal desvendou sua dimensão substantiva

¹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago - Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública. Revista de Processo. São Paulo/SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais - RT, 1996, n° 82, p. 77, *apud* DIDIER JR., *op. cit.*, p. 34.

¹⁹ DIDIER JR. (a), *op. cit.*, p.36.

e estabeleceu o Poder Judiciário no mesmo degrau dos outros Poderes. De acordo com o que ficou estabelecido por essa dimensão substantiva do devido processo legal, o Judiciário observará o Legislativo e o Executivo com o intuito de assegurar que seus actos ou leis não interfiram naquilo que resta assegurado pela Constituição e pelos direitos fundamentais aplicados a todos os seres humanos.

Como se acabou de afirmar acima, o devido processo legal substantivo cuida da protecção dos direitos fundamentais e das garantias necessárias a todos os indivíduos. Por conseguinte, a dimensão processual, ou procedimental, do devido processo legal, cuida de observar o procedimento a ser seguido face àquilo que está determinado na Constituição. Esse procedimento diz respeito tanto a processos administrativos, quanto a processos judiciais. O devido processo legal processual certifica não só que o processo desenvolva-se de acordo com a legislação em vigor, mas que essa legislação não suprima ou diminua qualquer garantia presente ou derivada do próprio princípio do devido processo legal.

Tendo em vista todos esses aspectos, e levando em consideração todo o controlo ao qual é submetida a legislação emanada pelo Poder Legislativo ou os actos provenientes do Executivo, deve-se estudar a necessidade, conveniência e adequação de uma possível modificação processual.

O processo é o meio oferecido, especificamente pelo Judiciário, para que o indivíduo obtenha desse Poder um pronunciamento o qual confirme ou declare válido o direito individual de um indivíduo. Uma vez que o resultado final de um processo, materializado por uma decisão judicial, gera consequências sociais capazes de alterar a vida de um indivíduo, o procedimento processual deve ser guardado e vigiado com a maior eficiência. Deve-se assegurar que os princípios os quais compõem, não só o ramo processual, mas o Direito em si, estão sendo respeitados.

Uma alteração da legislação processual e a implementação de recursos mais novos no procedimento processual exige um estudo minucioso no qual deve ser analisada a operacionalidade e a eficiência dessa aplicação inovadora. A segurança processual deve ser cuidadosamente verificada, pois os processos muitas vezes dizem respeito a assuntos delicados que envolvem a segurança e a integridade das partes processuais. Devido a essa relevância, muitas vezes o processo é abrangido pelo segredo de justiça, no qual apenas as partes e seus representantes podem consultar o mesmo.

Ao levar isso em consideração, vê-se que a segurança processual deve ser constantemente protegida, uma vez que a mesma é necessária para o correcto andamento do processo.

Outro aspecto que deve ser considerado é o de que uma modificação processual só deveria ser ponderada caso sua aplicação trouxesse um benefício ao processo judicial. Implementar novos requisitos ou pressupostos que apenas reforçam aqueles que já são exigidos traz redundância e serve apenas para dificultar o acesso à via judicial. Por outro lado, caso a modificação sirva para tornar o trâmite processual mais célere, económico ou dinâmico, então a mesma deve ser encorajada.

O Decreto-Lei nº 303/2007 de 24 de Agosto propõe algumas modificações processuais, especialmente no que diz respeito aos Recursos Processuais Cíveis.

De acordo com o preâmbulo do Decreto-Lei 303/2007, as alterações realizadas pelo mesmo estabelecem: “*i*) a adopção de um regime monista de recursos cíveis, com eliminação da distinção entre recurso de apelação e recurso de agravo, *ii*) a introdução da regra geral de impugnação de decisões interlocutórias apenas com o recurso que vier a ser interposto da decisão que põe termo ao processo, *iii*) a equiparação, para efeitos recursórios, das decisões que põem termo ao processo, sejam estas decisões de mérito ou de forma, *iv*) a concentração em momentos processuais únicos dos actos processuais de interposição de recurso e apresentação de alegações e dos despachos de admissão e expedição do recurso e, ainda, *v*) a revisão operada no regime de arguição dos vícios e da reforma da sentença, ao estabelecer-se que, cabendo recurso da decisão, o requerimento de rectificação, esclarecimento ou reforma é sempre feito na respectiva alegação. Acresce que, na fase do julgamento, foi alterado o regime de vistos aos juízes-adjuntos, estabelecendo que aqueles apenas realizam-se com a entrega da cópia do projecto de acórdão, processando-se simultaneamente, por meios electrónicos”.

Como se pôde verificar, dentre outros aspectos, o Decreto-Lei 303/2007 de 24 de Agosto extinguiu o conhecido Recurso de Agravo, e também aplicou a utilização da comunicação electrónica para a apreciação dos recursos. Esta última modificação ocorreu ao ser estabelecida a possibilidade de entregarem-se os recursos pela via electrónica, e sua disponibilização simultânea, em formato electrónico, a todos os desembargadores designados para julgar o respectivo processo.

Esta alteração abrangeu a utilização de tecnologia informática e a disponibilidade processual em forma electrónica. A aplicação desta implementação não diz respeito apenas a juízes e desembargadores que têm perante si processos no formato electrónico a fim de serem analisados. Advogados e promotores foram, também, abarcados por esta alteração processual.

Tanto os advogados quanto os promotores passaram a ter de disponibilizar suas petições em formato electrónico com o intuito das mesmas serem incorporadas ao processo que se encontra neste formato. Para isso as referidas petições passaram a ser protocoladas

electronicamente, sendo-lhes fornecida uma confirmação de recebimento, ou uma garantia juridicamente reconhecida de que as referidas petições serão efectivamente enviadas.

Segundo o que fora acima transcrito do preâmbulo do citado Decreto-Lei, foram enumeradas 05 (cinco) modificações ao procedimento recursal civil, ou 06 (seis) caso seja incluída a menção da utilização dos meios electrónicos para apreciar o processo. Apesar disso, o presente trabalho irá ser centralizado nos aspectos os quais dizem respeito à utilização da comunicação electrónica no que toca aos recursos civis e sua apreciação, entretanto uma breve análise sobre a exclusão do Recurso de Agravo será realizada a fim de verificar sua concordância com o princípio do devido processo legal.

Primeiramente, será analisada se a exclusão do recurso de Agravo fere os preceitos do *due process of law*.

Ao retirar o recurso de Agravo, aparentemente o legislador excluiu a possibilidade das partes do processo de recorrerem de uma decisão interlocutória. Entretanto, ao suprimir essas possibilidades, o legislador não apagou definitivamente a oportunidade das partes impugnarem essas decisões, que poderão ser devidamente impugnadas quando for proferida a decisão final do processo. A impugnação pode ser realizada através do recurso de apelação que passou a abranger, também, as hipóteses exclusivas anteriormente ao recurso de Agravo.

Com isso, o legislador, apesar de retirar um recurso processual em particular, deixa, ainda em vigor, a oportunidade de impugnar as decisões abrangidas pelo recurso extinto. Esse cuidado garantiu que nenhuma das partes fosse prejudicada por uma eventual impossibilidade de recorrer das decisões proferidas pelo juiz, inclusive as decisões interlocutórias.

A concentração das hipóteses anteriormente abrangidas pelo recurso de Agravo, no recurso de Apelação, trouxe mais dinâmica processual pois, em vez de se ter que julgar recursos interpostos anteriores à decisão que põe termo ao processo, a apreciação dos mesmos será realizada ao final. Isso inibe a intenção procrastinatória que vários advogados e promotores possuem.

Uma vez que só serão analisadas quaisquer decisões após a decisão final do processo, não se ganha em impugnar uma maior quantidade delas. Antes, poderia ser dito que o motivo implícito de se recorrer de decisões interlocutórias era o de ganhar tempo. Essa hipótese deixou de ser mais viável, uma vez que só após proferida decisão final do processo é que poderão ser apreciadas quaisquer categorias de decisões.

No que diz respeito a aplicação da comunicação electrónica no julgamento dos recursos civis, essa medida foi inovadora, mas não deve ser vista como uma surpresa.

O mundo tem evoluído em larga escala e grandes mudanças ocorreram graças a utilização da informática computacional nos mais variados serviços. A Internet representa um serviço de grandeza maior e já não se pode excluí-la da vida quotidiana dos indivíduos.

Inúmeros serviços públicos utilizam-se da Internet e das evoluções tecnológicas surgidas no mundo da informática. A aplicação dessa tecnologia nesses serviços públicos ocorreu a fim de agilizar, simplificar e dinamizar os mesmos. Entretanto, o ramo judicial tem relutado em utilizar-se dessas facilidades tecnológicas. Compreende-se que esse receio ocorra devido a segurança com a qual um processo judicial deve ser revestido, e que, apesar de todos os avanços tecnológicos, a Internet continua vulnerável a usuários que manipulam as informações expostas no mundo virtual.

Apesar disso, as vantagens oferecidas pelo uso da Internet e da comunicação electrónica trazem agilidade e rapidez aos serviços que delas usufruem. Sendo o procedimento processual constantemente penalizado pela demora com a qual um processo é julgado, e vendo a rapidez proporcionada pela utilização desses meios electrónicos, sua aplicação era ponderada.

De toda a forma, deve ser louvada essa iniciativa pois abre as portas para a exploração de uma utilização difundida no procedimento processual.

Naquilo determinado pelo Decreto-Lei nº 303/2007 de 24 de Agosto, os recursos civis passaram a ficar disponíveis simultaneamente em formato electrónico a todos os desembargadores responsáveis pelo seu julgamento.

Essa determinação trouxe agilidade para a apreciação processual, pois deixou de ser necessário que o processo seja transportado fisicamente ao gabinete dos desembargadores a fim de que os mesmos o analisem e dêem seus vistos. Uma vez que o processo está disponível a todos os desembargadores, estes podem examiná-lo simultaneamente. Com isso, o tempo poupado pelo transporte do processo trouxe mais agilidade e dinâmica, contribuindo para a celeridade e economia processual.

Mesmo anterior à publicação do Decreto-Lei em debate, já era permitido a todos aqueles inscritos na Ordem dos Advogados de Portugal a possibilidade de enviar articulados via Internet. Através do site <http://www.tribunaisnet.mj.pt/>, é possível conectar-se ao Citius, que desempenha um serviço de entrega de peças processuais e documentos via electrónica.

O Citius assegura a entrega dos documentos e peças processuais fornecendo, assim, a garantia necessária para este protocolo. O sigilo e integridade, tanto das peças quanto dos documentos, são, também, garantidos por este serviço.

Esse envio de peças e documentos também pode ser executado pessoalmente pelo advogado ou promotor, para isso é preciso que os mesmos disponham de uma assinatura electrónica a qual pode ser confirmada. Esse requisito é necessário para assegurar que quem está a enviar o documento ou peça processual é mesmo o advogado ou promotor responsável pelo respectivo processo.

A hipótese de enviar, pela via electrónica, articulados, requerimentos, respostas e peças referentes a quaisquer actos que devam ser praticados por escrito pelas partes no processo já era prevista no artigo 150º, nº 2, c) do Código de Processo Civil²⁰.

Dessa forma, consta como perfeitamente legítimo o envio de peças processuais e documentos pela via electrónica, não ferindo, assim, o rito ou a forma processual. Também fica dotado de pleno reconhecimento e validade as peças e documentos que sejam entregues dessa maneira. O artigo acima transcrito também estipula o período de expedição como sendo aquele que deve ser considerado como o da prática do acto processual.

Vê-se que a novidade trazida pelo Decreto-Lei 303/2007 de 24 de Agosto não diz tanto respeito ao envio de peças processuais e documentos, mas inova ao estipular que os desembargadores tenham acesso simultâneo ao processo via electrónica. Entretanto é inegável que, a partir desta medida, os advogados e promotores tornaram-se impelidos a utilizar com maior frequência a via electrónica para a entrega de peças processuais e documentos. Isso passaria até a agilizar o andamento do trâmite processual, em especial no julgamento dos recursos, pois disponibilizaria o processo aos desembargadores mais rapidamente a fim desses poderem analisá-lo e julgá-lo.

Considerando-se o que acima ficou explicitado, o Decreto-Lei 303/2007 de 24 de Agosto, na verdade, garantiu que fosse seguido o *due process of law* aperfeiçoando o procedimento processual com modificações pontuais as quais aumentam a celeridade, economia e agilidade do processo.

1.7. CONCLUSÃO

Como já restou demonstrado, o devido processo legal possui sua observância obrigatória em todas as etapas do processo. Dessa forma, quando são implementadas modificações no procedimento processual é difícil essa alteração não influenciar, de alguma

²⁰ Código de Processo Civil, Artigo 150º, 2 - Os articulados, requerimentos, respostas e as peças referentes a quaisquer actos que devam ser praticados por escrito pelas partes no processo podem ser: [...] c) Enviados através de telecópia ou por correio electrónico, sendo neste último caso necessária a aposição da assinatura digital do seu signatário, valendo como data da prática do acto processual a da sua expedição.

forma, este princípio. Por isso a atenção dispendida no devido processo legal deve ser permanente e ininterrupta quando se estiver para ser implementada uma modificação processual.

A incorporação da tecnologia informática computacional no processo judicial trouxe consigo várias inovações processuais. Certas tarefas tiveram sua realização simplificada contribuindo para uma maior rapidez no trâmite processual. Outras tarefas tornaram-se mais dinâmicas, como é o caso da possibilidade do processo ser examinado simultaneamente por todos os desembargadores na apreciação dos recursos. Essa possibilidade tornou-se viável devido à informatização e processual e após a aprovação do Decreto-Lei 303/2007 de 24 de Agosto, como fora verificado no tópico anterior. No entanto, com a implementação da informatização processual juntamente com a desmaterialização do processo, passaram-se a exigir alguns requisitos dos agentes processuais para esses terem acesso ao mesmo. Exemplo dessa exigência é a necessidade dos advogados de possuírem uma assinatura electrónica ou outra espécie de comprovante electrónico de identidade a fim de provar sua legitimidade ao enviar electronicamente articulados e peças processuais. Os próprios magistrados precisam oferecer algum tipo de identificação electrónica para terem acesso aos processos em seu formato electrónico. Esse tipo de exigência é apenas um exemplo de outras que envolvem aspectos mais técnicos como a compatibilidade de programas.

Com as variadas inovações incorporadas ao processo através da implementação da tecnologia informática computacional é fácil concluir que essas modificações trazem sua influência para o devido processo legal. O objectivo dessa modernização processual é contribuir para o progresso do Direito processual e do Direito como um todo. Para isso procura-se, com a aplicação dessa tecnologia, proporcionar uma maior rapidez e simplicidade processuais assim como permitir uma maior aproximação da população à justiça. Esses objectivos são louváveis e devem ser encorajados, mas por vezes mesmo as melhores intenções trazem aspectos indesejados. Esses aspectos nem sempre são facilmente observados, seja pela sua dificuldade de localização, ou seja pela sua desconsideração em virtude da vontade eufórica de verem aplicadas as inovações tecnológicas. Pode-se ver que a informatização processual é bastante útil para um andamento processual mais ágil, mas nem por isso pode-se relaxar e permitir esse tipo de avanço sem uma fiscalização adequada. Esse cuidado não é para bloquear o avanço tecnológico no Direito, mas para orientá-lo a fim do mesmo acontecer da forma mais apropriada.

O devido processo legal está a beneficiar-se com a modernização processual proporcionada pela informatização processual e pela desmaterialização do processo,

entretanto existem certos obstáculos a serem enfrentados que precisam de uma preparação prévia a fim de ultrapassá-los e garantir a segurança do processo. Aspectos como o acesso do processo pela Internet é um factor que merece o revestimento desse serviço com uma série de cuidados tendo em vista a vulnerabilidade proporcionada. Inicialmente essa preocupação não parece envolver o devido processo legal, porém uma visão mais cuidadosa verifica que, sendo acessado de forma irregular e correndo o risco de ver seus dados manipulados ilicitamente, o processo tem seu andamento prejudicado. Essa ameaça contribui negativamente para o desenvolvimento do processo e deve ser antecipada antes da implementação da tecnologia que proporciona essa preocupação.

O princípio do devido processo legal não está imune a modificações. Afirmar isso seria negar sua própria história. Através dos tempos esse princípio tem evoluído e apresentado uma visão cada vez mais consciente das necessidades da população e do sentimento de justiça. A modernização processual através da implementação da tecnologia informática computacional amplia os campos que podem ser explorados no estudo do Direito processual, e permite uma intersecção entre duas ciências distintas. Deve-se aproveitar essa oportunidade e explorar esse acontecimento. O conhecimento que pode surgir dessa junção está a espera de uma iniciativa em sua direcção. Apesar de está a ser usufruída pelos países modernos, a informatização processual possui uma carência de estudos sobre sua matéria. Apenas alguns poucos países lançaram-se nessa nova descoberta. Essa é uma das lacunas que merece preenchimento e precisa de incentivo juntamente com iniciativa. Ao adentrar nesse desafio, é importante que não se esqueça das bases que orientam, não só o processo, mas o Direito como um todo, pois os princípios possuem séculos de desenvolvimento e foram eles que estiveram presentes na génese dessa ciência jurídica.

Capítulo II: PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

2.1. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Proveniente do devido processo legal, e também constitucionalmente assegurado, o princípio do contraditório é responsável por proporcionar iguais oportunidades às partes no processo. Através desse princípio fica garantido o direito de resposta da parte contrária. Às partes deve sempre ser oferecida oportunidade de resposta no que diz respeito às alegações que um sujeito processual realizou contra o outro. O contraditório garante não só o direito de resposta às partes, mas, da mesma forma, permite e determina que o juiz examine o processo levando em consideração os argumentos apresentados por ambas.

Uma vez que ambas as partes do processo judicial devem ser tratadas com igualdade e sem favoritismo, é natural que tenham oportunidades iguais de se pronunciarem no processo. Seria também ilógico permitir que uma parte seja condenada com base exclusivamente nos argumentos e provas oferecidas pela parte contrária. Assim, não se observa relutância para a aplicação do princípio do contraditório, uma vez que é proveniente de uma conclusão lógica da aplicação dos princípios da igualdade e do devido processo legal.

Entretanto, apesar de parecer natural ao processo judicial, o contraditório deve ser atentamente vigiado a fim de não ser suprimido.

A cada uma das partes é reconhecido o direito de se defender das acusações apresentadas pela outra, porém, esse direito pode vir a ser questionado e poderá existir uma tentativa de suprimi-lo. É por essa e outras razões que o juiz desempenha um papel activo na manutenção do contraditório.

Essa determinação pode ser verificada no Código de Processo Civil Português, em seu artigo 3º. Esse artigo, em seu nº 1, determina que o tribunal não pode resolver qualquer conflito existente na acção respectiva, sem que lhe seja pedido e sem que a outra parte tenha sido chamada para apresentar oposição. Apenas em situações excepcionais é que pode o magistrado tomar providências contra determinada pessoa antes que a mesma seja previamente ouvida.

Esse artigo 3º do Código de Processo Civil também determina expressamente que cabe ao juiz observar e fazer cumprir o contraditório durante todo o processo, não lhe sendo lícito decidir quaisquer questões sem que as partes tenham se pronunciado sobre as mesmas.

Mesmo que estas questões sejam de conhecimento oficioso, às partes deve ser fornecida a oportunidade de pronúncia²¹.

O juiz deve não apenas observar se esse princípio está sendo respeitado no processo, cabe a este sujeito proporcionar oportunidades de resposta para todos aqueles envolvidos em um processo judicial. O exercício do juiz, nesse aspecto, deve ser activo e constante. Não pode este se ausentar de sua função a qual observa o respeito ao princípio do contraditório e relevar uma etapa destinada à resposta de uma das partes. Caso uma parte seja excluída de seu direito de resposta, e havendo o juiz baseado sua decisão em argumentos ou provas não contestadas, essa decisão tornar-se-ia nula. Isso demonstra a importância prática do contraditório.

É por isso que a maior agilidade e rapidez no trâmite processual, proporcionadas pela implementação da tecnologia informática computacional, não podem envolver a supressão desse princípio em determinada etapa processual. É por isso que o maior dinamismo processual oferecido pela utilização desse tipo de tecnologia está a oferecer um foco considerável na forma como se pode ocorrer a apresentação das respostas contra as alegações de uma parte em relação à outra. Ao utilizar a modernização tecnológica para simplificar aspectos que impediavam uma maior rapidez nos julgamentos, actualiza-se as formas procedimentais e mantêm-se intacta a observação das regras processuais. Um exemplo disso foi a possibilidade dos desembargadores poderem, simultaneamente, examinar o processo em formato electrónico. Antes, o processo teria que ser fisicamente transportado para o gabinete de cada desembargador a fim destes poderem analisá-lo. A partir da possibilidade da visualização do processo em formato virtual, a espera para que esse transporte ocorresse deixou de existir, tornando mais rápido o acesso ao processo.

Esse tipo de inovação é bem vinda e merece ser incentivada, porém, ao ver essa rapidez, a tentativa de suprimir etapas processuais também começa a surgir. É por isso que o cuidado na manutenção de certas regras e princípios deve sempre estar presente. O contraditório apresenta-se como o momento em que uma parte apresenta sua resposta contra as alegações que foram realizadas contra si pela outra parte. Esse momento de manifestação

²¹ Código de Processo Civil, artigo 3.º (Necessidade do pedido e da contradição) 1. O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição. 2. Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida. 3. O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem. 4. Às excepções deduzidas no último articulado admissível pode a parte contrária responder na audiência preliminar ou, não havendo lugar a ela, no início da audiência final.

processual deve ser resguardado, não só pela parte interessada em oferecer resposta, mas pelo próprio juiz do processo. Não se pode deixar cair na empolgação de agilizar o processo e esquecer esse princípio constitucionalmente assegurado. Sua presença é inerente ao processo, seja ele judicial ou administrativo, e a incorporação da tecnologia no processo deve ser abraçada por este princípio, e não o inverso.

2.2. INDISPENSABILIDADE DO CONTRADITÓRIO.

O princípio do contraditório possui uma relevância a qual transcende a oportunidade das partes de se pronunciarem. Este princípio actua, também, na manutenção do Estado de Direito.

Todo Estado de Direito democrático tem presente, no trâmite processual, o princípio do devido processo legal, que impõe o tratamento igualitário das partes e uma exigência mandatória para chegar-se a uma decisão sem favoritismo ou inclinação tendenciosa. Essas características processuais, emanadas do devido processo legal, de igualdade entre as partes e de ausência de favoritismo entre as mesmas têm sua presença possibilitada devido a presença do contraditório no processo. O devido processo legal assegura a observação de um procedimento judicial dialético no qual as partes expõem suas razões em patamar de igualdade. A possibilidade de argumentar fatos e direitos está assegurada ao autor pelo direito de acção, já o contraditório concede ao réu o direito de contra-argumentar aquilo que resta afirmado contra sua pessoa. A comunhão desses elementos enseja a dialética garantida pelo devido processo legal. Após essa constatação vê-se a relação intrínseca do devido processo legal com o contraditório, já que sem este o *due process of law* não exerce sua função de assegurar um procedimento judicial igualitário para ambas as partes.

Através do princípio do contraditório fica assegurada às partes o direito de contra-argumentar o que fora alegado pela outra. Da mesma forma podem ser apresentadas provas as quais confirmem essa contra-argumentação, e, conseqüentemente, afastando o que fora inicialmente alegado.

Isso é constatado de forma categórica por Humberto Theodoro Júnior que afirma:

“O princípio do contraditório reclama, outrossim, que se dê oportunidade à parte não só de falar sobre as alegações do outro litigante, como também de fazer a prova contrária. A não ser assim, cair-se-ia no vazio. E, por isso, nega-se o princípio e comete-se cerceamento de defesa quando se assegura a audiência da parte adversária, mas não se lhe faculta a contraprova”²².

²² THEODORO JÚNIOR, *op.cit.*, p. 25.

Sem o contraditório, as decisões judiciais ficariam baseadas em alegações unilaterais e não se poderia falar em direito de defesa efectivo, pois uma parte estaria à mercê daquilo contra o qual lhe está a ser afirmado. Decisões baseadas em factos alegados e não contestados representam uma verdadeira ditadura judicial. Por essa razão, no processo judicial, o contraditório é visto como a etapa democrática do procedimento. O professor Fredie Didier Jr. aponta essa característica democrática do contraditório no processo:

“Democracia no processo recebe o nome de contraditório. Democracia é participação; e a participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder”²³.

O autor Cândido Rangel Dinamarco também contribui ao mencionar a necessidade de se garantir o espaço do contraditório em todos os procedimentos descritos em lei. Esse autor afirma que:

“Para cumprir a exigência constitucional do contraditório, todo modelo procedimental descrito em lei contém e todos os procedimentos que concretamente se instauram devem conter momentos para que cada uma das partes peça, alegue e prove. [...] Ao pedir, cada um dos litigantes alega, isto é, traz fundamentos destinados a convencer o juiz; e alega também ao fim do procedimento e antes da sentença, analisando os fatos, as provas e as consequências jurídicas daqueles, etc”²⁴.

Ao ouvir ambas as partes, pode, o juiz, verificar as verdades dos factos e seu enquadramento legal. Realizado esse trabalho, o juiz chega a uma decisão de acordo com o que está determinado em lei.

Outros princípios processuais podem admitir excepções, todavia, o contraditório tem sua existência absoluta no processo legal. Caso este princípio não seja respeitado o processo pode vir a ser declarado nulo.

Com a incorporação da tecnologia informática computacional, não só no processo judicial, mas em quase todos os aspectos da vida social, a percepção de tempo foi alterada nas pessoas. A possibilidade de se ter acesso às mais variadas informações de forma instantânea e no conforto de suas casas acarretou uma expectativa semelhante para os variados serviços. No que diz respeito ao processo judicial não foi diferente. Apesar de a cobrança de um trâmite processual mais rápido ser antiga, essa reivindicação ganhou maior força com a constatação dos benefícios proporcionados pela utilização da tecnologia informática computacional. A

²³ DIDIER JR. (a), *op. cit.*, p. 57.

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos e institutos fundamentais do direito processual civil*. In “Instituições de direito processual civil”. 5ª Edição. São Paulo/SP, Brasil : Malheiros Editores, 2005, Volume I, p. 236.

rapidez com que se pode enviar dados e ter acesso aos mesmos possibilitou que se reclamasse a utilização dessa facilidade para agilizar o andamento processual.

Essa reivindicação não é descabida, muito pelo contrário. Uma vez que se é concretamente verificada essa situação de demora para o julgamento definitivo do processo judicial, deve-se realmente utilizar-se dos meios possíveis para reverter esse atraso. No entanto, da mesma forma, as medidas tomadas devem ser cuidadosamente planejadas, pois o procedimento que deve ser obedecido na tramitação de um processo existe em respeito a determinações constitucionais e em razão princípios que garantem uma decisão eficiente para as partes.

A preocupação com a observância dos princípios que orientam o processo judicial, especialmente o contraditório, precisa ser renovada especialmente em razão da implementação da informática computacional no processo judicial. Esse cuidado encontra fundamento na antiga reclamação da população, e até mesmo de alguns juristas, de que o procedimento seguido em um processo judicial é por demais longo e demorado. Tendo em vista que essa crítica é antiga, não é novo o surgimento sugestões que apresentam uma diminuição dos actos processuais. Como o processo judicial deve fornecer garantias constitucionalmente previstas e obedecer a princípios jurídicos, na maioria das vezes essas sugestões simplificadoras do processo judicial não encontram fundamentação teórica ou prática que possibilitem sua aplicação. No entanto, durante esse período de modernização processual e agilidade proporcionada pela incorporação da informática computacional, é razoável ponderar que, sob a influência dessa rapidez oferecida, se tente tornar a tramitação do processo judicial mais rápido com a redução de certos actos processuais.

Esse tipo de iniciativa, para ser devidamente implementada no processo judicial, precisa de amadurecimento científico adquirido através de pesquisas e e investigações académicas, prácticas e doutrinárias. Esse cuidado visa garantir às partes a possibilidade das mesmas serem ouvidas e terem sua pretensão adequadamente apreciada. O risco de suprimir ou eliminar a possibilidade do contraditório deve ser plenamente afastada, e, para que ocorra essa cautela, o estudo das modificações desejadas em face aos princípios processuais deve ser incentivado.

Uma análise mais aprofundada do princípio do contraditório aponta que estão submetidos a esse princípio não só as partes processuais, o juiz também deve respeitá-lo, mesmo nas hipóteses de exame e deliberação de ofício no que dizem respeito a questões relacionadas com a ordem pública.

De acordo com o autor Humberto Theodoro Júnior, dessa necessidade da existência do contraditório decorrem três consequências básicas:

- “a) a sentença só afeta as pessoas que foram parte no processo, ou seus sucessores;
- “b) só há relação processual completa após regular citação do demandado;
- “c) toda decisão só é proferida depois de ouvidas ambas as partes”.²⁵

Ao constatar sua importância, deve-se também apontar que o respeito do contraditório no processo quer dizer que “nenhum processo ou procedimento pode ser disciplinado sem assegurar às partes a regra de isonomia no exercício das faculdades processuais”.²⁶

Mesmo com essa relevância essencial ao andamento processual, esse princípio não pode, por sua vez, reclamar uma supremacia absoluta no tocante aos outros princípios. É o próprio devido processo legal, princípio regente do ramo processual, o qual exige que o contraditório ceda lugar a certas medidas indispensáveis à eficácia e efetividade do processo. Essas medidas visam garantir uma verdadeira e concreta aplicação do acesso a um processo justo.

As medidas as quais reclamam por um atraso do contraditório são as medidas liminares (cautelares ou antecipatórias). Em casos nos quais essas medidas têm de ser aplicadas, a emergência da situação concreta não pode esperar decorrer o prazo para a parte adversária se pronunciar, a fim de que, finalmente, o juiz delibere do deferimento ou não da medida. Na hipótese desse tempo ser transcorrido, o direito reclamado deixaria de existir, ou o prejuízo por essa demora aumentaria drasticamente tornando-o inviável. Nessas ocasiões permite-se, ao juiz, deferir uma medida concedendo a tutela pretendida antes que ocorra o pronunciamento da parte contrária.

Esse deferimento, por sua vez, não exclui o direito ao contraditório. As medidas liminares são concedidas com um intuito provisório, o direito definitivo ainda será analisado, e a parte adversária poderá apresentar seus argumentos e contrariar o que fora inicialmente apresentado. No que diz respeito ao contraditório, esse princípio apenas tivera sua aplicação retardada, mas não excluída.

O contraditório deve ser observado em todas as etapas processuais, contudo sua supremacia não se impõe irremediavelmente sobre outros princípios. Há a possibilidade do contraditório não ocorrer, mas a decisão ainda permanecer válida. Veja-se este exemplo: Caso um documento seja juntado ao processo sem conhecimento da parte contrária, ou caso tenha ocorrido uma diligência probatória sem a intimação dos litigantes, está claro que o princípio

²⁵ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 25.

²⁶ *Ibidem*, p. 25.

do contraditório fora descumprido. Todavia, caso a sentença não tenha se baseado nessas provas ou documentação irregularmente apresentadas ao processo, esta decisão não será anulada. Para que a mesma seja declarada nula, seria necessário que a lesão causada pela ausência do contraditório contribuisse directamente ao conteúdo decisório. Ou seja, as provas, documentos ou argumentos não contestados têm que influenciar de forma directa o teor da decisão. Sem essa influência, o princípio da economia processual mantém válida a decisão proferida.

Entretanto, para que uma decisão, a qual considere todos os factos e provas apresentados no processo, seja válida, o contraditório deve ocorrer, mesmo que de forma retardada, como é o caso das medidas liminares.

Isso serve para demonstrar que, mesmo quando o contraditório aparenta ter sido excluído, o mesmo permanece presente, apenas teve sua manifestação retardada para garantir a eficácia da prestação jurisdicional. Conclui-se, assim, que quando necessário uma maior urgência processual, esta é garantida, mas não com o custo da eliminação do princípio do contraditório.

Sendo derivado do devido processo legal, o princípio do contraditório torna-se inerente ao processo.

2.3. O CONTRADITÓRIO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.

A presença do contraditório no processo permite que ambas as partes apresentem suas provas e argumentos, bem como oferece uma oportunidade para que ocorra um debate entre as mesmas. Esse debate deve acontecer de forma dialéctica, e, através dele, o juiz deve conseguir extrair informações capazes de fornecer um deslinde ao processo.

Nesse ponto a informatização processual contribui para proporcionar uma maior agilidade para as partes se pronunciarem no processo. Essa contribuição pode ser verificada tanto no aspecto das partes tomarem conhecimento, através da Internet, do momento de abertura do prazo para ser apresentada sua resposta, quanto pela possibilidade de protocolar o articulado em formato electrónico também via Internet.

Com o intuito de fomentar a dialéctica processual e de proporcioná-la de maneira que os argumentos oferecidos pelas partes sejam analisados com igual peso, o princípio da igualdade deve estar constantemente presente. A aplicação desse princípio exige que as partes recebam um tratamento igual e que as provas e argumentos apresentados pelas partes tenham a mesma importância. Torna-se irrelevante, no que diz respeito ao peso probatório, se essas

provas foram fornecidas pelo autor ou pelo réu. Também não recebe qualquer tratamento preferencial se esses documentos ou factos foram levados ao processo por iniciativa própria de uma das partes ou em virtude de uma reacção e resposta a uma prévia argumentação.

Com isso, os argumentos e provas apresentados no momento do contraditório serão recebidos com a mesma importância probatória daqueles inicialmente oferecidos. Essa paridade faz com que seja possível existir o sistema de colaboração defendido pelo autor italiano Eduardo Grasso. Uma restrição à possibilidade de apresentar defesa ou contraprova seria uma afronta directa à característica dinâmica do contraditório, especificamente ao conceito de paridade de armas que este princípio carrega.

Entretanto, a igualdade e o contraditório não são, para o processo, congruentes nem garantem as mesmas prerrogativas. O contraditório não pode ser confundido com a igualdade, pois não se limita apenas a assegurar um tratamento igualitário para as partes. O contraditório está mais para ver garantida uma paridade de armas, ou seja, assegurar iguais oportunidades às partes para que sejam apresentados argumentos e provas no processo. A igualdade é mais um elemento o qual permite que o contraditório seja aplicado harmonicamente e seja recebido de forma plena e legítima.

O autor Giuseppe Tarzia considera o contraditório como um princípio que ultrapassa sua aplicação jurisdicional. Esse autor afirma que o referido princípio torna possível a discussão dialéctica das partes, no processo. Devido a essa característica, o contraditório é aplicado em todos os órgãos públicos. Essa implementação alargada do contraditório fornece um carácter democrático aos procedimentos utilizados por esses órgãos, por isso, o mesmo torna-se imprescindível para os Estados constitucionais-democráticos²⁷.

2.4. ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS

Ao estudar-se aprofundadamente o princípio do contraditório, vários estudiosos formaram entendimentos diferentes acerca do mesmo. Um desses entendimentos é aquele defendido pelo falecido jurista José Frederico Marques²⁸. Esse autor considera que, no momento em que o réu manifesta-se através do contraditório, surgem duas pretensões a serem examinadas pelo magistrado. Ou seja, caso o réu não seja revel, e apresente articulado em

²⁷ TARZIA, Giuseppe - O contraditório no processo executivo. *Revista de Processo*, São Paulo/SP, Brasil: Revista dos Tribunais - RT, nº 28, Ano 7 (out.-dez. 1982), Tradução: Thereza Celina de Arruda Alvim, pp. 55-85.

²⁸ MARQUES, José Frederico – *Instituições de direito processual civil*. 1ª edição actualizada. São Paulo/SP, Brasil: Millenium Editora, 2000, vol. 2, pp. 96-98.

resposta às alegações da parte autora, emerge um outro interesse, e os pedidos requeridos nesta peça são independentes daqueles realizados pelo autor em sua inicial.

Esse entendimento demonstra uma vontade independente do réu de ver seus pedidos julgados de forma procedente. Esses pedidos realizados pelo réu encontram-se separados daqueles realizados pelo autor. Entretanto esses pedidos não configuram uma nova ação contra o autor, caso isso ocorresse existiria uma reconvenção e não uma contestação. O que se entende é que, mesmo estando em uma mesma ação, os pedidos realizados pelo autor e pelo réu devem ser considerados independentes e receber igual valoração.

O que esse entendimento expõe é que, de forma incidental, o réu iniciou sua busca por uma tutela jurisdicional ao se pronunciar no processo e apresentar pedido(s) a ser(em) considerado(s) pelo magistrado. Essa pretensão da parte ré, tendo em vista o princípio da igualdade, deve ser encarada e considerada da mesma forma que os pedidos realizados pela parte autora, segundo a compreensão defendida por Frederico Marques. Estando o réu eqüidistante do autor na relação processual, o interesse daquele não deve ser considerado como subordinado ao do autor, pois, sendo danoso o interesse deste, deve, o réu, receber uma tutela jurisdicional no mínimo reparadora.

Com o que é defendido nesse entendimento, a premissa de igualdade processual entre autor e réu ganha uma relevância mais acentuada e exerce uma influência direta em como serão encarados os pedidos realizados por esses sujeitos processuais. De acordo com a compreensão de Frederico Marques, após o réu haver sido citado, e tendo se iniciado a relação processual entre as partes, os princípios da igualdade e do contraditório permitem que a parte ré tenha sua pretensão analisada sem estar subordinada aos pedidos realizados pelo autor. Com esse raciocínio, torna-se válida a busca de uma tutela jurisdicional pelo réu.

No entanto, independentemente do entendimento defendido, compreende-se que, a fim de afastar restrições indevidas, o processo é calcado no contraditório, e isso acarreta uma bilateralidade processual. Essa bilateralidade deve ser vista em função do princípio da isonomia, através do qual as partes são tratadas de forma igual e seus pedidos analisados imparcialmente.

Frederico Marques acredita que o contraditório reclama e permite a participação das duas partes no processo, e essa participação, apesar de estar vinculada em uma acção, apresenta pedidos individuais. Com isso vê-se a bilateralidade presente no processo que, na verdade, decorre de uma consequência lógica da aplicação do contraditório.

Entretanto, há autores que não vislumbram desse entendimento de uma busca à uma tutela jurisdicional independente vinda do pólo activo e passivo do processo.

Entre esses autores está Ada Pellegrini Grinover. Esta autora não considera o processo como sendo orientado pelo princípio do contraditório, mas sim pelos direitos de acção e de defesa das partes. Esta renomada autora vê o contraditório como sendo garantido por esses direitos, especialmente pelo direito de defesa. Em sua visão, são esses direitos os quais regem o processo e os quais fundamentam o andamento processual. Eles garantem às partes a equidistância processual e oferecem oportunidades iguais a ambas. Dessa forma, as manifestações provenientes das mesmas são recebidas com igual importância e, assim, proporcionando a dialéctica processual.

De acordo com essa visão, é nesse momento final no qual surge o contraditório, ou seja, este princípio é visto como veículo no qual se busca a verdade através da contraposição dialéctica.

Ao tratar sobre essa visão, a estudiosa Edna Luís Nobre Galvão afirma que a processualista a qual defende essa concepção entende que:

“ao afirmar que a tese e a antítese, no diálogo processual, são representadas exatamente pela acção e pela defesa - mais uma vez em seu sentido mais amplo - sendo esta correlata àquela, ou antes justaposta, como força contrastante; que as partes não gozam de igual idoneidade técnica e dispor de situações subjetivas análogas, de modo que a função que exercem tenha a mesma eficácia dinâmica no plano dialéctico. E, finalmente, que o processo jurisdicional moderno não pode abrir mão daquele tipo particular de colaboração que se realiza por intermédio do contraditório, exatamente entendido como método de busca da verdade baseado na contraposição dialéctica”²⁹.

A autora Ada Pellegrini Grinover fundamenta tal posicionamento na ideia de uma íntima ligação entre a defesa e o contraditório. Afirma essa autora que é do contraditório que surge a própria defesa pois aquele se desdobra em dois momentos: a informação e a possibilidade de reacção. Todavia, é o direito de defesa que garante o contraditório, pois esse direito é inerente ao próprio direito de acção. Na verdade, diz esta autora que:

“[...] acção e defesa não se exaurem, evidentemente, no poder de impulso e no uso das exceções, mas se desdobram naquele conjunto de garantias que, no arco de todo o procedimento, asseguram às partes a possibilidade bilateral, efetiva e concreta, de produzirem suas provas, de aduzirem suas razões, de recorrerem das decisões, de agirem, enfim, em juízo, para a tutela de seus direitos e interesses, utilizando toda a ampla gama de poderes e faculdades pelos quais se pode dialeticamente preparar o espírito do juiz. O paralelismo entre acção e defesa é que assegura aos dois sujeitos do contraditório instituído perante o juiz a possibilidade de exercerem todos os atos processuais aptos a fazer valer em juízo seus direitos e interesses e a condicionar o êxito do processo”³⁰.

De acordo com essa visão, o direito de acção e o de defesa são os que delimitam o andamento justo do processo. Dessa forma, o contraditório aparece como uma consequência

²⁹ GALVÃO, Edna Luís Nobre - *Princípio do contraditório*. [em linha] [Consult. 20 de Julho de 2009]. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=819>.

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini - As garantias constitucionais do processo. In “Novas tendências do direito processual”. 2ª edição. Rio de Janeiro/RJ, Brasil: Editora Forense, 1990, p. 05.

da aplicação desses dois direitos, mais especificamente do direito de defesa. Esse pensamento considera que a defesa garante o contraditório pois aquela contém os dois elementos que o tornam possível, a informação e a reacção. É através desse último factor que o contraditório é exteriorizado no processo.

Esse entendimento é contrário àquele pregado pela doutrina tradicional. A escola tradicional vê o contraditório como um princípio estático, puramente formal. É defendido que o contraditório coloca as partes em um mesmo nível, e demanda que o juiz leve em consideração a actividade de ambas. O confronto dialéctico entre as partes, como iguais, proporcionado pelo contraditório é fruto da moderna concepção da relação jurídica processual. E dessa ideia se baseia a *par conditio* ou igualdade de armas.

Verifica-se, assim, que o contraditório não só oferece iguais oportunidades às partes e garante a imparcialidade do juiz, este princípio vai além disso. Do mesmo emana o *par conditio* que garante às partes uma relevância equivalente, e põe em aplicação o exigido princípio da igualdade.

Com o contraditório assegura-se às partes oportunidades iguais para alegarem e provarem seu direito. O exercício desse princípio distribui de forma equivalente não só as oportunidades, mas também o poder de influência que as partes exercem na acção. Com isso em prática e com a imparcialidade do juiz garantida, a decisão pode ser alcançada após a análise do direito de ambas as partes.

Segundo esta última concepção analisada, o contraditório passa a garantir a equidistância das partes no processo, de forma que suas forças estejam equilibradas a fim de que ambas as partes tenham condições de desenvolverem e apresentarem suas teses. Essa ideia baseia-se em uma visão menos individualista e mais dinâmica do contraditório, a qual exige maior participação do magistrado na aplicação deste princípio.

Essas ideias são provenientes do Direito Italiano, o qual eleva o contraditório ao nível constitucional. O renomado autor Giuseppe Tarzia conceitua esse princípio e o considera uma garantia fundamental na Justiça. Esse autor defende que as partes devem elaborar e defender seus argumentos sem sofrerem limitações arbitrárias. Uma determinação a qual impossibilite essa ideia é inconstitucional e, portanto, ilegal e inválida. Sobre o princípio do contraditório, o referido autor atesta que “garantia fundamental de justiça e regra essencial do processo é o princípio do contraditório, segundo o qual as partes devem ter oportunidade de expor ao Juiz as suas razões antes que ele profira a sua decisão”³¹.

³¹ TARZIA, *op. cit.*, p. 55.

A informatização processual procurou proporcionar às partes uma maior acessibilidade ao processo judicial. Podendo as partes enviarem para o processo suas respostas, através da Internet, e em formato electrónico, aproximou-se o processo judicial das mesmas. Essa aproximação incentiva a dialética processual, mas para que essa dialética ocorra é preciso assegurar o cumprimento do contraditório. Este princípio é que permite que se usufrua desse benefício trazido pela informatização processual.

Existe ainda uma ideia diferente desenvolvida por outro autor italiano. Eduardo Grasso prega a existência de um dever de colaboração entre os três agentes do processo: autor, réu e juiz. Segundo Grasso, cada um desses sujeitos processuais devem actuar no mesmo elemento, seja de facto ou de direito, essa consequente contribuição deve ocorrer antes do processo entrar na fase do exame solitário efectuado pelo juiz.

Esse entendimento oferece uma equação da qual o resultado é observado na decisão do respectivo processo. Considere-se que toda a matéria a ser debatida em juízo o seja antes da decisão. E nesse debate, todos os sujeitos do processo devem exercer suas prerrogativas dentro dos limites de suas atribuições. O resultado disso é uma colaboração processual plena, e a decisão um produto da mesma.

Eduardo Grasso preconiza que o processo deve ser organizado de acordo com o princípio da igualdade. Qualquer concepção diferente vai de encontro ao conceito de cooperação o qual deve estar presente para o bom desenvolvimento do processo. Esse desenvolvimento ocorre através de um diálogo entre as partes e o juiz, e não através de impulsos os quais visam apenas o benefício individual³².

De acordo com essa teoria, chamada individualista, as partes mantêm suas características de oposição mútua em virtude do direito substancial respectivamente defendido³³. O choque de argumentos no processo é visto como uma competição. Nessa disputa, ambas as partes fundamentam, alternadamente, seus posicionamentos, essa atitude assemelha-se a estratégias tácticas e o sucesso é alcançado através de uma habilidade sagaz. Nesse esquema, o contraditório apresenta uma oportunidade para que um oponente possa ver, analisar e derrubar a estratégia do outro.

Esse entendimento apresenta-se de forma mais estrategista e matemática, pois o mesmo defende que, através da análise sucessiva dos argumentos de cada uma das partes, e com a sobreposição desses argumentos, obtém-se como resultado os fundamentos para decisão a ser proferida.

³² GRASSO, Eduardo - La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, n.º 4, ano XXI, (1966), pp. 581 – 609.

³³ GALVÃO, *op. cit.*

Continuam presentes nessa teoria a dialética processual e a igualdade de tratamento das partes, ambos garantidos pelo contraditório.

Como fora afirmado anteriormente, a implementação da informática computacional aproximou as partes ao processo judicial e simplificou o acesso desses sujeitos processuais a esse mesmo processo. Com isso, pode-se afirmar que a visão do contraditório defendida por Eduardo Grasso serve de estímulo para que ocorra essa aproximação com o processo judicial.

Esse pensamento tático foi identificado, também, pelo jurista Piero Calamandrei, que aponta o contraditório como sendo a possibilidade de um adversário de neutralizar o ataque do outro tomando conhecimento de suas ações e identificando seus erros. Isso, com o intuito de obter vitórias que assegurarão um veredicto favorável.

Esses entendimentos não esgotam o estudo do princípio do contraditório. Um exame detalhado desse princípio permite isolar duas ideias separadas mas que, combinadas, permitem o funcionamento pleno do mesmo e ainda representam aquilo que é garantido às partes por esse princípio. Por constituírem aspectos integrantes do núcleo do contraditório, essas ideias são frequentemente confundidas com sua materialização como um todo. No entanto, mesmo representando aspectos essenciais, essas ideias são separadas, mas seu conjunto compõe o que é garantido com a aplicação do contraditório.

Uma dessas ideias presentes no núcleo do contraditório corresponde ao *audiatur et altera pars*, isto é a garantia a qual determina que seja ouvida a parte contrária. Essa ideia, combinada com a de igualdade de armas entre as partes processuais fundamentam o contraditório. O *audiatur et altera pars* constitui o contraditório estático. Já a ideia de igualdade de armas compõe o contraditório dinâmico. Esta última característica também está presente nas hipóteses em que o magistrado se pronuncia autonomamente sobre um item no processo. A garantia de replicar essa pronúncia também faz parte do contraditório dinâmico.

Todas essas características presentes no princípio do contraditório constituem sua totalidade, todavia, podem ser visualizadas, analisadas e conceituadas separadamente. Apesar dessa autonomia conceitual, esses aspectos do contraditório mantêm a íntegra processual e asseguram a dialética entre as partes.

A incorporação da informática computacional no processo judicial atinge mais directamente o contraditório dinâmico, uma vez que a mesma possibilita uma maior agilidade para se apresentar peças processuais. No entanto, para que se tenha lugar a igualdade de armas é necessário que seja garantida à parte contrária o direito de ser ouvida. Com essa exigência surge a ideia do *audiatur et altera pars* que completa o conceito do contraditório como um todo. Assim, o maior dinamismo processual oferecido pela informatização computacional do

processo não é operável isoladamente, pois, agregada a essa agilidade, deve estar assegurada a garantia da outra parte se pronunciar.

O direito de participação do autor e do réu no processo, de forma equivalente, representa ainda outra característica do contraditório. Esse direito de terem oportunidades equivalentes no processo demonstra uma forma democrática das partes participarem e influenciarem a tomada de decisão no processo. Essa característica democrática do contraditório é consequência, também, de outro princípio o qual rege o ramo processual como um todo: o devido processo legal. Este princípio é aplicado em todo o ramo processual, porém não só. O mesmo está presente nas bases de todo Estado de Direito democrático, e também é sua função assegurar a democracia na esfera judicial. Essa imposição democrática pode ser vislumbrada no processo pela aplicação do contraditório, que permite a manifestação de ambas as partes e exige que o juiz considere os argumentos vindos dos dois pólos no processo.

Ao verificar todos esses entendimentos sobre o contraditório, constata-se que a concepção deste princípio não é uniforme, pelo contrário, possui divergências e teorias variadas. Isso não deve ser encarado como um factor negativo, nem se deve considerar que o contraditório é um princípio inexacto e de aplicação confusa. Essas divergências demonstram a riqueza de uma matéria que, por ser tão essencial e fundamental ao processo, é constantemente dissecada para que não deixe de ser incorporada ao mesmo.

O contraditório é um princípio objectivo, e sua presença no processo judicial é inerente a este. Sendo, por excelência, o processo judicial, o meio através do qual as partes buscam a materialização do seu direito; além de ter seu acesso assegurado, o mesmo deve ser envolto em iguais oportunidades a fim do princípio da igualdade ser concretizado. É através do contraditório que se vê assegurada essa garantia a qual permite às partes de um processo chances equivalentes de se pronunciarem. Assim, apesar de uma constante evolução social e intelectual, a presença do contraditório no processo permanece uma certeza assegurada pela manutenção de um convívio democrático.

2.5. ELEMENTOS DO CONTRADITÓRIO

Ao levar em consideração a igualdade garantida pelo contraditório, deve-se, também, considerar os elementos nele existentes. Dois elementos compõem esse princípio. Esses dois elementos são a informação e a reacção (ou participação, como chamam alguns doutrinadores). O elemento da informação pode ser verificado quando um sujeito processual é

informado de determinada movimentação no processo. Caso esse sujeito deseje confrontar o acto processual do qual fora informado, o mesmo reagirá apresentando uma defesa, evidências probatórias ou uma contra-argumentação, momento em que se concretiza o elemento da reacção. Esses dois elementos perfazem, assim, o contraditório.

Para se afirmar que o exercício do contraditório fora beneficiado pela informatização processual, deve-se identificar sua influência em seus elementos. No caso da implementação da tecnologia informática computacional no processo, o acesso às informações processuais foi realmente melhorado. Através da Internet, pode-se saber se o processo recebeu andamento, e muitas vezes é possível verificar inclusive o teor do acto que movimentou o processo. O acompanhamento processual passou a ser realizado através do computador e as informações obtidas através dessa máquina. Apesar dessa possibilidade, a necessidade de citar ou notificar as partes de certos actos processuais permanece, pois a certeza da ciência de determinados actos não pode ser suprida com a suposição de que os mesmos foram vistos pela Internet.

Além de beneficiar a informação processual, a implementação da tecnologia informática computacional no processo ofereceu melhoras também ao elemento da reacção presente no contraditório. Passou-se a ser possível o envio de articulados e peças processuais em formato virtual para o processo judicial. Isso simplificou o procedimento antes necessário para que fossem protocoladas as peças processuais, tornando mais rápido o tempo de resposta e simplificando sua apresentação.

As partes devem sempre ser informadas de toda movimentação processual. A Internet possibilita o acompanhamento dos actos processuais porém nem todos esses actos podem ser visualizados pela Internet. Cabe ao juiz ordenar que ocorra esse aviso das movimentações no processo à parte contrária. Com isso, pode-se dizer que o dever processual de informar cabe ao poder público. A citação ou a notificação da parte no que diz respeito a algum acto praticado pela outra ou pelo próprio juiz deve sempre acontecer. O poder público não pode deduzir um possível desinteresse e se esquivar de realizar a citação. Mesmo que certos actos estejam disponibilizados na Internet, não se pode presumir deles um conhecimento da parte. Desses actos precisa-se ter a certeza que a parte interessada tomou ciência dos mesmos para que se comece a contar o respectivo prazo prescricional ou decadencial. Ademais, há actos que não podem ter seu teor disponibilizados na Internet, seja em virtude de seu conteúdo privado às partes, ou seja em razão de sua relevância processual, que deve impedir que uma parte tome conhecimento desse acto antes de se iniciar a contagem de seu respectivo prazo.

Após haver sido informada através da respectiva citação ou notificação, aí sim, pode a parte deliberar e verificar se tem interesse em se manifestar ou se prefere silenciar a respeito

do acto sobre o qual fora informada. Caso a parte deseje reagir, a mesma apresentará uma peça processual apropriada contendo seus contra-argumentos e provas. Nesse momento verifica-se a presença do elemento de reacção, ou participação.

Uma parte, depois de informada, sempre poderá escolher em reagir ou não no que concerne ao acto sobre o qual fora citado ou notificado. Todavia, em determinadas circunstâncias, como na citação sobre o um processo iniciado contra o indivíduo, caso a parte escolha não reagir, sofrerá, ela, os efeitos da revelia. Não obstante, a mesma possui a faculdade de se pronunciar ou não.

Sobre isso Cândido Rangel Dinamarco declara o seguinte:

“Atenta a esse quadro de participação dos litigantes, a doutrina vem há algum tempo identificando o contraditório no binómio informação-reacção, com a ressalva de que, embora a primeira seja absolutamente necessária sob pena de ilegitimidade do processo e nulidade de seus atos, a segunda é somente possível. Esse é, de certo modo, um culto ao valor da liberdade no processo, podendo a parte optar entre atuar ou omitir-se segundo sua escolha”³⁴

No entanto, para tornar possível que uma parte escolha entre se pronunciar ou não, a mesma deve sempre ser informada. A informática computacional contribui para que se dê essa informação no processo, mas não consegue suprir a certeza necessária do conhecimento de certos actos processuais. Desses actos, o poder público não pode se esquivar de informá-los.

Contrariamente a essa possibilidade de se pronunciar ou não a respeito de certo acto processual, há hipóteses em que a parte será citada ou notificada de uma decisão porém não poderá reagir contra esta. Isso ocorre, por exemplo, quando a parte recebeu uma decisão favorável no processo. Nesse caso só a parte sucumbente pode recorrer dessa decisão. Falta o pressuposto processual de sucumbência para a esta interpor um recurso. Apenas a parte prejudicada pode recorrer da decisão.

Apesar de não poder recorrer de uma decisão favorável, não há que se falar em supressão do contraditório. Essa impossibilidade de recurso decorre da inobservância de uma exigência processual sem a qual não há que se falar em recurso. Essa exigência é a sucumbência processual. Tendo isso em vista, resta perfeitamente legal estabelecer a impossibilidade de recorrer.

Outro caso que proíbe a possibilidade de recurso ou contestação diz respeito às figuras dos peritos e testemunhas. Esses sujeitos não são partes no processo, apenas transitam de forma a fundamentar, corroborar ou elucidar os argumentos das partes. Os mesmos não

³⁴ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 237.

possuem pretensão de direito material a seu favor a ser deduzida no processo, por essa razão, também não podem reclamar a aplicação do contraditório a seu favor.

Como está demonstrado, figuras processuais que possuem interesse na demanda não podem argumentar contra uma decisão no processo. Apenas as partes podem realizar tal acção. E até mesmo esses sujeitos devem obedecer aos requisitos exigidos para que possam se manifestar.

Esses requisitos, tais como os pressupostos processuais, são estabelecidos a fim de proteger o andamento processual e garantir seu mais correcto resultado. A ignorância dessas exigências poria em risco não só a acessibilidade à justiça, mas também o próprio princípio do contraditório e o processo como um todo.

2.6. CONTRARIEDADE E CONTRADITORIEDADE

Devido a sua relevância para o processo judicial e pelo facto do princípio do contraditório estar a ser atingido pela informatização processual, o estudo desse princípio deve ser completo a fim de se poder determinar o impacto exacto que essa modernização processual exerceu no contraditório. Dessa forma, e para esclarecer o que constitui o princípio do contraditório, há que se distinguirem dois conceitos para o Direito: o de contrariedade e o de contraditoriedade.

A fim de facilitar o entendimento desses dois conceitos, achou-se didático e lógico a quebra dos mesmos em etapas a fim de se verificar o momento em que certos elementos aparecem para que, ao final, esses conceitos de contrariedade e contraditoriedade sejam mais facilmente assimilados.

Tendo isso em vista, primeiramente deve-se considerar que, em um processo, o autor e o réu formulam pedidos contrapostos, essa antagonia de pedidos representa o elemento fundamental da contrariedade, fazendo-se concluir que a contrariedade exprime-se em acto³⁵. Os factores os quais constituem o pedido são a proposição e a conclusão. A proposição emerge da premissa do almejado direito objectivo formal, a lei, combinada com a premissa do também almejado direito objectivo material, o facto. Combinando-se essas duas premissas surge, consequentemente, a conclusão.

³⁵ GALVÃO, *op. cit.*

Em seguida a esta primeira etapa, vem a instrução, configurando uma segunda fase da contrariedade. Nesta etapa as partes elaboram seus pedidos expondo-os e motivando-os. As partes realizam essa acção criticando a lei, o facto, e demonstrado legalmente esse facto.

Essa apresentação do pedido e a possibilidade de ambas as partes poderem demonstrar suas pretensões e elaborar seus argumentos constitui o mínimo processual no que diz respeito à contrariedade.

Após essa segunda fase, uma terceira etapa da contrariedade pode ser vislumbrada, e esta compreende as impugnações dos actos dos juízos.

Tendo isso em vista, pode-se afirmar que o contraditório é representado pela tentativa das partes de corrigir e complementar a outra de acordo com seus interesses. A combinação dessas duas visões adversas ajuda a se alcançar a justa composição da lide.

Ao analisar essa conclusão percebe-se que as partes constituem o elemento que transmite ao juiz, de modo mais imediato, o facto a ser examinado na acção, o que as torna o elemento mais influenciador e poderoso da acção. O instituto capaz de delimitar esse poder e balancear sua influência é o contraditório. Através desse princípio, o juiz pode subtrair excessos e irrelevâncias, permitindo ao magistrado concentrar-se apenas nos tópicos relevantes e úteis para a composição de sua decisão.

O contraditório pode ser identificado quando é dada ciência dos actos praticados pela parte oposta. Corroborando essa noção da presença do contraditório no momento da ciência dos actos processuais, o póstumo autor, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, define o contraditório como sendo “a ciência bilateral dos actos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”³⁶. Apesar de antiga, essa definição ainda é aplicada por vários estudiosos dessa matéria.

Outra definição a ser levada em consideração é a fornecida pela autora Angélica Arruda Alvim que expõe o seguinte acerca do princípio do contraditório:

“O contraditório significa que toda pessoa física ou jurídica que tiver de manifestar-se no processo tem o direito de invocá-lo a seu favor. Deve ser dado conhecimento da ação e de todos os atos do processo às partes, bem como a possibilidade de responderem, de produzirem provas próprias e adequadas à demonstração do direito que alegam ter”³⁷.

A oportunidade de as partes defenderem e argumentarem a favor daquilo pretendido não vem apenas do princípio do contraditório. O princípio da igualdade presente em todo o

³⁶ MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto - *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo/SP, Brasil: Editora Saraiva, 1937, p. 107, *apud* GALVÃO, *op. cit.*

³⁷ ALVIM, Angélica Arruda - Princípios constitucionais do processo. *Revista de Processo*. São Paulo/SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais – RT. n° 74. (Abril-Junho de 1994). pp. 20-37.

processo judicial, e que é directamente imposto ao magistrado, reclama um tratamento igualitário para as partes. Esse tratamento exige que os argumentos das partes opostas no processo sejam recebidos e analisados sem favoritismos pré-concebidos. Os factos e argumentos devem ser vislumbrados imparcialmente, e a decisão proveniente dessa análise deve ser de acordo com o que está determinado em lei.

Ao ser implementada a informatização computacional no processo judicial, permitiu-se que se utilizasse da facilidade de apresentar os articulados e peças processuais em formato electrónico. No entanto, o envio virtual de articulados em formato electrónico é uma faculdade das partes e de seus respectivos advogados. Estes podem optar por protocolar fisicamente suas peças processuais sem qualquer prejuízo no que diz respeito ao momento que as mesmas serão analisadas. Até mesmo porque nem todas as pessoas possuem ou dispõem de um computador para realizar esse envio virtual das peças processuais. É verdade que essas pessoas constituem uma minoria devido à propagação rápida e universal do computador, porém as mesmas não podem ser penalizadas por não possuírem essa máquina. Dessa forma, o juiz não pode penalizar quem apresenta fisicamente suas peças processuais, ou beneficiar aqueles que as enviam virtualmente. O princípio da igualdade proíbe que ocorra um favoritismo dessa ordem.

A informatização processual trouxe benefícios tanto para os advogados quanto para os juízes. Dentre outros benefícios, os primeiros passaram a poder enviar seus articulados para o processo virtualmente, e os juízes passaram analisar os processos sem o inconveniente de manusear extensos e pesados volumes uma vez que os processos passaram a estar disponíveis em formato electrónico. Apesar dessas facilidades simplificarem o processo judicial, devendo as mesmas serem incentivadas para que se usufrua dos benefícios proporcionados, os juízes não podem favorecer uma parte em detrimento de outra pelo formato em que o articulado fora apresentado, seja ele electrónico ou em papel. Uma hipótese dessas constitui uma afronta a todo o regime jurídico português uma vez que em Portugal o processo judicial deve obedecer, entre outros, o princípio do devido processo legal (Constituição da República Portuguesa, artigo 20º, nº 4), o princípio da igualdade (Código de Processo Civil, artigo 3º-A), o princípio do contraditório (Código de Processo Civil, artigo 3º, nº 3) e da ampla defesa. Esses princípios não podem ser suprimidos ou esquecidos, pois eles carregam a essência do andamento processual.

2.7. A PARTICIPAÇÃO E O PODER DE INFLUÊNCIA

Ao dissecar o princípio do contraditório, verifica-se que duas garantias surgem desse princípio, essas são a de participação (no que diz respeito à audiência, comunicação e ciência dos factos processuais), e a de possibilidade de influência na decisão.

A garantia de participação representa a órbita formal do contraditório. Esta diz respeito à garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado e de poder falar no processo. Isso é o que quase todos entendem do contraditório, porém, dizer apenas isso é dizer o mínimo. O pensamento clássico ensina que o magistrado concretiza o direito do contraditório ao dar conhecimento à parte e permitir com que a mesma se pronuncie. Contudo, isso não totaliza o que está discriminado por esse direito.

O contraditório ainda possui o elemento substancial, e que é denominado pela doutrina alemã como “poder de influência”. De acordo com o jurista Fredie Didier Jr., esse aspecto é essencial, pois permite que a parte exerça influência sobre o magistrado, conseguindo, assim, convencê-lo de sua defesa ou denúncia³⁸.

A utilização da Internet para que seja realizado o acompanhamento do processo por esse meio virtual certamente contribui para a simplificação da maneira como dava-se a comunicação processual. E a informatização do processo permite com que a participação das partes e seus advogados ocorra com maior conforto para esses agentes processuais. Através dessas constatações, não resta dúvida que a implementação da informática computacional no processo judicial fornece meios mais descomplicados para que seja exercida a garantia de participação no processo assegurada pelo contraditório. No entanto, esse princípio não assegura apenas esta garantia e, somada a mesma, vem a garantia do poder de influência defendida por vários autores.

O autor português, Lebre Freitas, aponta a necessidade básica do contraditório de assegurar às partes um direito de resposta ao longo de todo o processo judicial. Entretanto, esse autor deixa claro que este princípio transcendeu a sua característica de resposta para exercer um papel mais actuante na formação da decisão. O contraditório garante, também, o

³⁸ “Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado”. Continua este autor: “Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar o Magistrado – e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do Magistrado, interferir com argumentos, interferir com ideias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório está ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão” DIDIER JR., *op. cit.*, p. 57.

poder de influenciar o magistrado na formulação de sua decisão, como se pode verificar através da transcrição a seguir:

"[...] por princípio do contraditório entendia-se tradicionalmente a imposição de que, formulado um pedido ou tomada uma posição por uma parte, devia à outra ser dada uma oportunidade de se pronunciar antes de qualquer decisão, tal como, oferecida uma prova por uma parte, a parte contrária devia ser chamada a controlá-la e ambas sobre ela tinham o direito de se pronunciar, assim se garantindo o desenvolvimento do processo em discussão dialéctica, com as vantagens decorrentes das afirmações das partes.

A esta concepção, válida mas restritiva, substitui-se hoje uma noção mais lata de contrariedade, com origem na garantia constitucional do *rechtliches gehor*, entendida como garantia de participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factuais, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo”³⁹.

A participação efectiva da parte no que diz respeito ao convencimento do magistrado em seu posicionamento é essencial e necessária. O princípio do contraditório exige que as partes possam influenciar o magistrado em sua decisão. Devem as partes poder oferecer provas, argumentos e documentos capazes de corroborar com o posicionamento respectivo de cada uma delas. Por sua vez, deve o magistrado receber esse material e levá-lo em consideração ao elaborar sua decisão.

Essa visão de influência e de participação do magistrado no contraditório pode ser exemplificada através do Código de Processo Civil Brasileiro, especificamente em seu artigo 599, inciso II. Através desse artigo fica facultado ao juiz, em qualquer momento do processo, advertir ao devedor que o seu procedimento constitui acto atentatório à dignidade da justiça. Com isso, antes de punir, é concedida à parte uma oportunidade para a mesma se explicar sobre seu comportamento, em princípio, divergente das normas legais. Esse dispositivo é de uma visão moderna e também pode ser aplicado, por analogia, em todas as punições processuais.

A garantia do poder de influência é manifestada através da participação da parte no processo, uma vez que é participando activamente do processo que a parte expõe seus argumentos e alegações que têm o intuito de convencer o magistrado. Essa participação processual, como resta afirmado anteriormente, fora beneficiada pela incorporação da informática computacional no processo judicial. A existência desse benefício ocorreu de forma proposital pois a participação processual era um dos factores que se procurava melhorar com a incorporação desse tipo de tecnologia no processo. Como consequência lógica dessa

³⁹ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – Conceito e princípios gerais à luz do Código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 96 e 97.

melhora, o poder de influência também fora beneficiado, porém de forma mais incidental, uma vez que o alvo específico era a participação processual.

O benefício ao poder de influência não fora exactamente expansivo no sentido de que não foram aumentadas as oportunidades desse poder ser exercido. O que ocorreu foi um acréscimo às formas as quais se pôde alcançar o processo judicial, pois este passou a ser acessado de forma virtual. Dessa forma, alguns podem afirmar que o poder de influência não fora influenciado pela informatização processual, no entanto, é razoável considerar que, devido aos melhoramentos usufruídos pela garantia de participação processual, essa outra garantia que permite influenciar o magistrado também pôde passar a ser exercida com o conforto assegurado pela utilização da tecnologia informática computacional.

2.8. O MAGISTRADO SUJEITO AO CONTRADITÓRIO.

Devido a sua relevância expansiva e também por trazer a democracia ao processo judicial, o contraditório transpõe a esfera das partes para ser exercido inclusive pelos juízes.

Estando os magistrados cada vez mais activos no processo, e tendo sempre aumentados seus poderes, principalmente no plano deliberativo probatório, os actos dos juízes tornam-se passíveis de serem contra-argumentados pelas partes.

A iniciativa dos juízes de tomarem atitudes desvinculadas daquilo exprimido pelas partes é uma realidade, e essa autonomia é incentivada pelo pensamento cada vez mais difundido, principalmente pelo Direito italiano e já expresso no Direito francês. Entretanto, essa liberdade pode vir a ser encarada como uma afronta à garantia da paridade de armas.

Não obstante, a evolução do pensamento jurídico mundial reclama uma participação mais activa dos juízes no trâmite processual, mais especificamente no contraditório. Esse princípio não carrega mais a visão de abrangência exclusiva às partes, pelo contrário, o magistrado é encarado como agente actuante no que diz respeito ao contraditório.

Sobre essa evolução no pensamento jurídico, Cândido Rangel Dinamarco aponta a globalização processual como contribuinte para essa mudança e enumera, de forma geral, os actos do magistrado que exteriorizam o contraditório, dizendo que:

“A globalização da ciência processual foi o canal de comunicação pelo qual uma regra de direito positivo de um país pôde ser guindada à dignidade de componente desse princípio universal, transpondo fronteiras. A participação que a garantia do contraditório impõe ao juiz consiste em atos de direção, de prova e de diálogo. A lei impõe ao juiz, entre seus deveres fundamentais no processo, o de participar efetivamente”⁴⁰.

⁴⁰ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 240.

A iniciativa processual permanece das partes, porém, após iniciado o processo, cabe ao magistrado impulsioná-lo e assegurar seu correcto andamento. O impulso oficial, a ser exercido pelo juiz, leva o processo à sua conclusão. Entre as etapas as quais devem ser percorridas há a presença do contraditório. Esse princípio deve ser sempre proporcionado pelo magistrado, mesmo quando as partes pareçam omissas a seu respeito.

O impulso oficial exige que o juiz adiante o processo obedecendo as fases em sua ordem legalmente determinada. Esse impulso deve ocorrer mesmo sem o requerimento das partes. O andamento processual fica, assim, garantido e são percorridas as fases do processo. A inércia das partes não pode prejudicar a celeridade processual, e nem o juiz pode ficar à mercê da vontade das partes.

Possui o juiz o poder-dever de direccionar o processo à sua conclusão. Essa tarefa pode ser visualizada, nomeadamente, na actividade de saneamento no processo. Essa prerrogativa de competência do magistrado é de característica inquisitiva e visa eliminar do processo imperfeições para que este possa adentrar na fase seguinte sem questões técnicas pendentes. Cabe ao juiz examinar e verificar se no processo há algum defeito ou pendência que seja necessária suprir para que o mesmo seja encaminhado para a próxima etapa. Caso exista uma lacuna ou incorrecção, o juiz deve exigir que a parte interessada corrija ou complemente sua falta.

Essa iniciativa do magistrado não aguarda o requerimento das partes nem espera que lhe seja apontado o erro. O juiz, por sua iniciativa, exige a correcção das imperfeições para que o processo possa prosseguir para a próxima fase.

O saneamento processual proporcionado pelo juiz previne retrocessos e actividades inúteis, e garante a celeridade necessária para o bom andamento do processo.

Outra característica do juiz incentivada por uma visão processual a qual se choca um pouco contra o princípio dispositivo diz respeito a suas iniciativas probatórias. Segundo a visão clássica do processo, cabe apenas às partes oferecerem provas, e ao juiz recebê-las, examiná-las e valorá-las. Essa perspectiva está um tanto ultrapassada uma vez que o papel do magistrado mostra um comportamento activo deste agente no que diz respeito a obtenção de provas.

O regime jurídico português concede ao magistrado poderes para levar em consideração factos os quais não foram alegados pelas partes.

O artigo 513º do Código de Processo Civil permite que o juiz leve em consideração factos notórios e de conhecimento geral, ainda que os mesmos não sejam alegados pelas

partes. Nesse artigo, ainda fica escusado de alegação e prova factos dos quais o tribunal tenha conhecimento em virtude do exercício de suas funções. Fica determinado que, quando o tribunal se utilize desses factos, este órgão deve juntar ao processo documentos que os comprove⁴¹.

Esse poder inquisitivo concedido ao magistrado permite que o mesmo investigue e considere factos e provas os quais não foram alegados pelas partes. Entretanto, apesar dessas evidências haverem adentrado no processo com a iniciativa exclusiva do juiz, uma vez que as mesmas servem de prova e fundamentam sua decisão, o magistrado deve fazer juntar aos autos do processo documentação a qual corrobore com as alegações presentes em sua decisão. Todavia, antes de ser proferida a respectiva decisão, deve ser facultada às partes uma oportunidade para as mesmas se pronunciarem a respeito desses novos factos e provas. Essa oportunidade obedece ao contraditório, e, caso a mesma seja suprimida, ocorreria uma omissão deste princípio.

A oportunidade de pronúncia das partes está assegurada no artigo 517º do Código de Processo Civil, quanto aí se estabelece que:

Código de Processo Civil, artigo 517.º
(Princípio da audiência contraditória):

1. Salvo disposição em contrário, as provas não serão admitidas nem produzidas sem audiência contraditória da parte a quem hajam de ser opostas.
2. Quanto às provas constituídas, a parte será notificada, quando não for revel, para todos os actos de preparação e produção da prova, e será admitida a intervir nesses actos nos termos da lei; relativamente às provas pré-constituídas, deve facultar-se à parte a impugnação, tanto da respectiva admissão como da sua força probatória.

A participação do juiz no contraditório é uma realidade já difundida pela doutrina e que deve ser cobrada pelos operadores do Direito. O autor Cândido Rangel Dinamarco, ao falar sobre o contraditório, expõe o seguinte:

“A garantia do contraditório [...] significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz franquear-lhes esses meios. Significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele o próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se portanto em um direito das partes e uma série de deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz”⁴².

⁴¹ Código de Processo Civil, artigo 514.º (Factos que não carecem de alegação ou de prova): 1. Não carecem de prova nem de alegação os factos notórios, devendo considerar-se como tais os factos que são do conhecimento geral. 2. Também não carecem de alegação os factos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções; quando o tribunal se socorra destes factos, deve fazer juntar ao processo documento que os comprove.

⁴² DINAMARCO, *op. cit.*, p. 234.

Tendo o juiz demonstrado seu posicionamento favorável a uma das partes, a outra acaba por ficar prejudicada, podendo essa condição alastrar-se durante todo o processo. Através dessa observação, verifica-se que uma intervenção espontânea realizada pelo magistrado quebra o conceito de paridade de armas e põe uma das partes em prejuízo directo.

Para que isso não ocorra e para manter o equilíbrio entre as partes, os actos dos juízes são, também, passíveis de contraditório. Dessa forma, as partes ficam precavidas de alguma surpresa que venha a trazer vantagem para uma delas.

Confirmando essa ideia, a qual garante o contraditório até mesmo com relação a actos praticados pelo magistrado, e assegurando às partes a possibilidade de contra-argumentarem qualquer posicionamento do juiz já exteriorizado na fase probatória, a estudiosa Edna Luís Galvão conclui o seguinte:

“todo o procedimento probatório deve desenvolver-se no pleno contraditório das partes, no diálogo constante entre as partes e o juiz; nenhuma iniciativa de instrução, das partes ou do juiz, pode prosseguir sem que a parte, onerada pela iniciativa, tenha sido capacitada para defender-se e formular as suas contradeduções; nenhum elemento de fato pode ser levado à decisão – único momento, este, no qual o juiz está sozinho de frente ao material de causa – sem ter sido previamente conhecido e discutido” ⁴³.

A fim de afastar a ideia de um posicionamento favorável do juiz, o contraditório impõe outra exigência. Quando o juiz toma como prova algo o qual não fora apresentado pelas partes, essa acção deve ser proveniente de uma postura de indiferença. Essa exigência mantém intacta a imparcialidade do juiz e permite que este participe sem oferecer preferências. Deve ficar claro o desinteresse em favorecer uma das partes, assim como deve ficar evidente que ao considerar uma prova não apresentada pelas partes, o juiz o fez tendo em vista o deslinde correcto do caso.

A evolução da visão do comportamento do juiz com as partes permite que esse agente exerça um diálogo com as mesmas. Ao tentar conciliar as partes ou explicar a quem recai o ónus da prova no processo, o juiz não afronta o contraditório. Pelo contrário, ao participar dessa maneira o magistrado permite que o processo progrida, prevenindo que certos assuntos tenham de ser tratados e até mesmo saneados posteriormente. Esse tipo de influência não implica afirmar que o juiz teve sua imparcialidade desconstituída. Ao participar activamente do processo dialogando com as partes, o juiz possibilita uma maior agilidade processual, e, no que diz respeito ao contraditório, ao informar às partes de um aspecto legal, o magistrado permite que ambas argumentem de posse de conhecimentos iguais.

⁴³ GALVÃO, *op. cit.*

O princípio do contraditório não pode ser afastado das partes, nem suprimido do procedimento processual. À medida que são concedidas oportunidades das partes apresentarem alegações novas, aumentam, igualmente, as oportunidades de contradizer as alegações inicialmente apresentadas.

O magistrado, ao permitir o exercício do contraditório, participa da aplicação desse princípio, entretanto, essa participação não ocorre com as partes. O magistrado não é interessado ou contra-interessado no litígio, não actua na disputa mas sim entre as partes, de modo a proporcionar um método dialéctico de solução de conflitos. Esse dever é alcançado com a participação efectiva desse agente no princípio do contraditório, trilhando, assim o caminho para obter-se uma decisão embasada no direito melhor aplicado para a situação ora examinada.

A informatização processual não tratou de forma específica esse poder inquisitivo do magistrado, porém a oportunidade de apresentar o processo e actos processuais referentes ao mesmo pela internet favorece a comunicação desses mesmos actos às partes. Entre esses actos estão aqueles nos quais o juiz exerce esse poder inquisitivo, e assim verifica-se que o conhecimento desses actos pode ser identificado pelas partes através da Internet. Apesar dessa influência indirecta no poder inquisitivo do magistrado, a informatização processual deixou de tratar especificamente desse poder. Um estudo mais aprofundado em relação a fusão da tecnologia computacional e o direito processual, pode alargar o poder inquisitivo e contrinuir para a ideia de uma maior participação do magistrado no processo judicial e consequentemente no contraditório. Esse estudo deve ser incentivado, pois essa é uma oportunidade de se aliar uma ideia que está a ser difundida com uma tecnologia que visa melhorar a prestação jurisdicional. A união dessas duas percepções se apresenta como um avanço para o processo judicial.

2.9. CONCLUSÃO

A imprescindibilidade do contraditório para o processo é tão gritante que é difícil visualizar esse procedimento sem aquele instituto. Não obstante, uma vigia constante é realizada com o intuito de assegurar a presença do mesmo no trâmite processual. Essa cautela não pode ser relaxada e não se pode, nem por um instante, abrandar a manutenção desse princípio constitucional que visa permitir, às partes, iguais oportunidades no processo.

A dialéctica oferecida pelo contraditório para se alcançar uma decisão final no processo está presente após séculos de evoluções jurídicas. O tempo decorrido e as experiências acumuladas demonstraram que a busca para uma solução judicial sobre uma determinada pretensão, só deve ser proferida após serem ouvidas todas as partes envolvidas e serem considerados todos os seus argumentos. Caso ocorra de modo diferente, o juiz estaria impondo sua decisão de forma tirana, ignorando a posição da parte contrária. Afastando essa hipótese, existe o instituto do contraditório que, devido a sua importância processual, está elevado à categoria de princípio e garantido pelo corpo normativo de maior importância: a Constituição.

Presente na Carta Magna, uma ofensa ao princípio do contraditório não representa apenas uma infracção menor. A supressão ou ignorância desse princípio fere directamente o conceito de Estado de Direito democrático.

A implementação da tecnologia informática computacional no processo judicial simplifica a comunicação dos magistrados entre si e dos advogados com os magistrados. Devido à informatização processual e especialmente à desmaterialização do processo, é possível a visualização deste em formato electrónico e também do envio de articulados e demais peças processuais nesse formato. O facto de o processo existir em formato electrónico permite que o advogado seja notificado ou citado electronicamente de certos actos, deixando que o mesmo envie sua resposta virtualmente. Para ter acesso a essa facilidade o advogado precisa disponibilizar de um computador a fim de tomar conhecimento da notificação ou citação para assim apresentar sua resposta. Esse é um requisito que ainda não constitui um pressuposto processual e, assim, o advogado não pode ser prejudicado por uma possível indisponibilidade à computadores.

As facilidades proporcionadas pela informatização processual são reais e devem ser encorajadas, porém não se pode deixar que a incorporação dessa tecnologia exclua pessoas que não tenham acesso à mesma. É verdade que a desmaterialização processual permite que a comunicação entre os advogados e o magistrado ocorra de forma mais simples, entretanto, não se pode ignorar que nem todos usufruem dessa facilidade. Caso não seja reconhecido esse empecilho, o direito de apresentar uma resposta sobre determinado facto, alegação ou prova é infringido tornando-se, assim, desrespeitado o princípio do contraditório. É necessário assegurar que ambas as partes tenham acesso a computadores conectados à Internet possibilitando o recebimento de informações do processo e o envio de respostas. Caso uma das partes seja impossibilitada de ter acesso a esse tipo meio informativo, é preciso encontrar uma maneira de suprir essa lacuna. Uma forma de contornar uma possível inacessibilidade

informática é a utilização dos correios para fisicamente entregar a respectiva notificação ou citação. No que diz respeito à apresentação de sua resposta, a parte tecnologicamente debilitada deve dirigir-se ao tribunal no qual tramita o processo e apresentar fisicamente sua resposta. Essa é uma solução simples e evidente para aqueles que não tem acesso a computadores ou Internet. Apesar dessas pessoas actualmente constituírem um número reduzido, não se pode ignorá-las sob pena de suprimir das mesmas um direito constitucionalmente assegurado.

Como fora verificado, o processo apenas está devidamente formado com o conhecimento do mesmo pela parte ré através de citação. Antes desse conhecimento acontecer não há relação processual entre as partes⁴⁴. É com o conhecimento daquilo que está sendo alegado contra si que a parte contrária pode apresentar uma peça processual adequada para sua defesa. A citação inicial que garante o conhecimento da parte sobre a acção movida contra si, caso ocorra de forma irregular ou caso deixe de acontecer devido a uma impossibilidade tecnológica, prejudica o processo como um todo e sua formação torna-se impossibilitada. Isso demonstra a essencialidade do contraditório para o processo que, na hipótese de ser impossibilitado por uma barreira na comunicação entre o tribunal e uma parte, tornam-se nulos os actos seguintes ou ainda inexistente a relação processual entre as partes.

O princípio do contraditório deve ser protegido e assegurado pois sua presença garante uma decisão fruto de uma discussão dialéctica. É ao ouvir ambas as partes que o juiz pode apresentar uma solução jurídica para o conflito respectivo. Na hipótese dessa discussão entre as partes ser excluída do processo por inteiro, o juiz acaba por proferir uma decisão despótica ferindo, assim, aquilo que é defendido por todos os Estados de Direito democráticos.

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 25.

Capítulo III: DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

3.1. ORIGEM E DEFINIÇÃO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O princípio do duplo grau de jurisdição foi directamente beneficiado com a implementação da informática computacional no processo judicial. Deve-se analisar esse princípio iniciando o estudo a partir da noção de erro humano do qual este retira sua premissa de que a decisão judicial merece ser revista quando for suscitada. É a partir desse ponto inicial que o presente estudo começará a abordagem desse princípio, oferecendo uma base para que o mesmo possa ser analisado com fundamento e de posse das noções necessárias a respeito do mesmo.

Um conhecimento adquirido e comprovado através dos séculos de existência humana é que o Homem é capaz de errar em suas atitudes e decisões. Mesmo após um raciocínio lógico, directo e exacto, o ser humano ainda pode errar. Isso ocorre não por uma deficiência intelectual, ou por uma incapacidade física, o motivo de cometer erros é inerente à própria essência do homem. Daí o jargão: “Errar é humano”.

Essa capacidade de erro está presente em qualquer actividade exercida por um ser humano, e a actividade jurídica não é excepção. Podem ser cometidos equívocos em todas as funções jurídicas e por qualquer um que actue nas mesmas.

O processo judicial, ao ser movido por pessoas, também está sujeito a erros e equívocos em todas as suas etapas. Esses desacertos não estão restritos a apenas um agente processual. O advogado pode apresentar um articulado impróprio. O chefe de secretaria pode não juntar ao processo determinada documentação. O juiz pode deixar de determinar o efeito suspensivo para um recurso, mesmo sendo esse efeito obrigatório para o mesmo. Enfim, possibilidades infinitas de erros podem acontecer.

Consciente dessa susceptibilidade ao equívoco, no Direito existe o princípio do duplo grau de jurisdição, o qual assegura uma revisão, por um órgão hierarquicamente superior, da decisão proferida pelo juiz.

Ao proferir uma decisão, o juiz pode realizar uma interpretação equivocada da lei e, com isso, fundamentar sua decisão com um entendimento errado. Para concertar esse erro, o princípio do duplo grau de jurisdição assegura uma revisão da decisão por órgão de grau superior composto, em sua maioria, por juízes mais experientes. Depois de realizada essa revisão, outra decisão será proferida, sobrepondo-se àquela a qual fora revisada.

O núcleo do pensamento o qual reveste o princípio do duplo grau de jurisdição “funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir sua reforma em grau de recurso”⁴⁵. Diante de tal premissa, admite-se o facto de a decisão proferida em primeiro grau ser substituída por aquela proferida por órgão superior hierarquicamente.

A hierarquia jurisdicional verifica-se através das instâncias judiciais. Obedecendo às mesmas, a decisão proferida pelo juiz de primeiro de grau, ou primeira instância, pode ser revisada pelos juízes de segundo grau. Essa revisão compreende um novo julgamento da causa por juízes mais experientes componentes, na maior parte das vezes, de um corpo colegiado. Através dos recursos processuais o processo é encaminhado para a instância superior a fim de que proceda-se a respectiva análise. É necessário haver iniciativa da parte vencida para que o processo seja devidamente encaminhado para o grau superior. A inércia processual impossibilita o endereçamento do processo à instância superior sem a iniciativa da parte. Apenas nas hipóteses em que a lei determina remessa obrigatória a órgão superior é que o juiz pode, e deve, enviar o processo *ex officio* à respectiva instância.

Essa hierarquia da qual trata o princípio do duplo grau de jurisdição é uma hierarquia de cunho decisional, ou seja, a decisão proferida em grau superior sobrepõe-se àquela emanada da instância inferior. Por isso as decisões de segunda instância têm o condão de reformar as decisões de primeiro grau, seu valor hierárquico decisional superior assegura essa prerrogativa às decisões de graus inferiores. Essa é a hierarquia que se aplica no princípio do duplo grau de jurisdição. Não se deve confundir ou tentar afirmar que esta hierarquia do duplo grau de jurisdição compreende uma hierarquia funcional entre os juízes singulares e os desembargadores. A hierarquia aplicada neste princípio processual não sobrepõe uma carreira jurídica ou um título jurídico sobre outro, mas sim a decisão entre as instâncias judiciais.

Essas informações iniciais fornecem uma visão geral do direito de ver revisada a decisão judicial proferida, direito este assegurado pelo princípio do duplo grau de jurisdição. Resumindo a ideia defendida nesse princípio, os autores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco definem o princípio do duplo grau de jurisdição da seguinte forma:

“Esse princípio indica a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou primeira instância), que corresponde à denominada jurisdição inferior. Garante, assim, um novo julgamento, por parte dos órgãos da “jurisdição superior”, ou de segundo grau (também denominada de segunda instância)”⁴⁶.

⁴⁵ CINTRA, António Carlos; PELLEGRINI, Ada; DINAMARCO, Cândido Rangel – *op. cit.*, p. 74.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 74.

Canotilho, por sua vez, apresenta a seguinte definição restrita do princípio do duplo grau de jurisdição:

“Por duplo grau de jurisdição entende-se, no seu sentido mais restrito, a possibilidade de obter o reexame de uma decisão jurisdicional, em sede de mérito, por um outro juiz pertencente a um grau de jurisdição superior (‘instância de segundo grau’)”⁴⁷.

A noção base a qual permite o reexame das decisões judiciais é que “todo ato do juiz que possa prejudicar um direito ou um interesse da parte deve ser recorrível, como meio de evitar ou emendar os erros e falhas que são inerentes aos julgamentos humanos”⁴⁸.

Diante dessa ideia central, e levando em consideração a relevância social, económica e até política de uma decisão judicial, não seria correcto permitir que essas decisões deixem de passar por um reexame com o intuito de assegurar o melhor cumprimento legal. Esse reexame encontra guarida na aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição. Através desse reexame, possibilita-se um controlo da eficiência e eficácia jurídica das decisões judiciais. Isso ainda proporciona uma maior credibilidade para o Judiciário e elimina uma possível impressão de impunidade deste Poder.

3.2. FUNÇÕES DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

A presença do duplo grau de jurisdição não tem o propósito de interferir na independência dos juízes. Em qualquer grau de jurisdição, o juiz possui independência jurídica. O termo “jurisdição superior” apenas indica a competência do respectivo órgão de julgar novamente as causas já decididas em primeiro grau, ou seja, na instância inferior. Isso não implica em afirmar que a presença de órgãos superiores e do duplo grau de jurisdição interfere ou reduz as garantias de independência dos juízes⁴⁹.

Como fora afirmado anteriormente, a hierarquia que se aplica no duplo grau de jurisdição é de cunho decisional, a posição dos juízes e sua independência não é o objecto da mesma. O intuito do duplo grau de jurisdição é conceder ao vencido no processo uma oportunidade de reexame da sentença com a qual não se conformou. A maior segurança oferecida pelos tribunais de segundo grau pode ser caracterizada pelos juízes que neles actuam. Estes juízes são geralmente mais experientes e constituem órgãos colegiados. O

⁴⁷ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 667.

⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁹ CINTRA, António Carlos; PELLEGRINI, Ada; DINAMARCO, Cândido Rangel – *op. cit.*, p. 74.

controle proporcionado pelo duplo grau de jurisdição ainda serve como um estímulo psicológico aos juízes de primeiro grau, na medida em que está comprovado que, por terem conhecimento da possibilidade de reexame decisional, os juízes de primeiro grau revestem-se de maiores cuidados no julgamento⁵⁰.

Além da função de reexaminar as decisões impugnadas, função esta que é eminentemente jurídica, deve ser ainda mencionada a função política do duplo grau de jurisdição.

O Poder Judiciário não tem seus membros eleitos pela população e ainda possui menor representatividade. Seus agentes não foram eleitos pelo voto, e isso afasta a ideia de controle popular sobre o exercício da função jurisdicional. Contra essa situação existe a premissa segundo a qual nenhum acto estatal deve ficar imune aos necessários controles. Isso serve para garantir a harmonia entre os Poderes e controlar sua possibilidade de intervenção na sociedade. Dessa forma, torna-se necessária a existência de, pelo menos, um controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciais⁵¹. Sem esse controle, o Judiciário passaria a impressão de imunidade dos seus actos, mesmo que esses, porventura, encontrem-se contrários à lei. Sendo assim, ao analisar as decisões proferidas em primeira instância, o duplo grau de jurisdição oferece um controle necessário ao Judiciário.

Todas essas funções, patrocinadas pelo duplo grau de jurisdição, também servem de argumentos de defesa desse princípio. Essa defesa é especialmente utilizada em um debate corrente, e que será em seguida abordado, no qual é discutida a consideração do duplo grau de jurisdição como um princípio, ou se o mesmo deve ser considerado uma simples garantia sem obrigação constitucional.

A materialização do contraditório e sua aplicação concreta ocorrem quando a decisão impugnada é encaminhada para a instância superior a fim de ser reexaminada pelo órgão competente. Tendo isso em vista, conclui-se que para o princípio do duplo grau de jurisdição exercer as suas funções, é necessário que ocorra o encaminhamento da decisão em questão para o grau superior. Antes esse envio da decisão impugnada acontecia fisicamente, e os juízes ou desembargadores responsáveis pelo reexame da mesma precisavam aguardar que o respectivo recurso utilizado para se questionar a decisão em questão chegasse em seus gabinetes. Só a partir de sua chegada no gabinete do desembargador relator é que este podia proceder no exame dos autos a fim de formar sua opinião.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 74-75.

⁵¹ *Ibidem*, p. 75.

Esse período de espera foi drasticamente diminuído com a incorporação da informática computacional no processo judicial. Com a utilização dessa tecnologia, o processo foi desmaterializado, passando a existir em formato electrónico, somado a isso, os recursos passaram a poder serem interpostos também em formato electrónico. Com o processo existindo virtualmente, tornou-se possível seu envio às instâncias superiores através da comunicação electrónica. Essa possibilidade permitiu que os processos e seus recursos fossem recepcionados instantaneamente pelos tribunais de segunda instância, podendo serem acessados simultaneamente pelos desembargadores competentes de realizar o julgamento do recurso. Esta última possibilidade está regulamentada pelo Decreto-Lei nº 303/2007 de 24 de Agosto que permite o acesso simultâneo dos desembargadores ao processo recorrido, estando este em formato electrónico.

Essa facilidade obtida com a utilização da tecnologia informática computacional permite que o duplo grau de jurisdição seja exercido em um menor espaço de tempo. No entanto, a tarefa dos juízes e desembargadores permanece inalterada devendo ter as mesmas ponderações que sempre foram levadas em consideração. No duplo grau de jurisdição, o benefício trazido pela implementação da informática computacional no processo judicial foi instrumental, a actividade desempenhada pelos juízes e desembargadores permanece a mesma.

A utilização da tecnologia informática computacional no processo trouxe benefícios para o duplo grau de jurisdição mas não o descaracterizou nem alterou suas funções. Essa modernização contribuiu para que o exercício desse princípio acontecesse de forma mais rápida, simplificada e confortável, com essas possibilidades os juízes e desembargadores podem concentrar-se mais nas funções propriamente ditas do duplo grau de jurisdição e no respectivo reexame da decisão. Deve-se aproveitar essa oportunidade na qual certas medidas procedimentais foram simplificadas para que se possa concentrar nos direitos analisados nos processos, porém deve-se permanecer atento para que essas simplificações não cheguem a atrapalhar esses mesmos direitos.

3.3. O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: PRINCÍPIO OU GARANTIA?

Apesar da existência de vários tipos de recursos e da criação de tribunais de instância superior, o duplo grau de jurisdição não está prescrito expressamente na Constituição. Essa ausência serve de argumento inicial para fomentar um debate sobre se o duplo grau de jurisdição deve, ou não ser considerado um princípio constitucional. Ainda que esteja presente

na dogmática processual como princípio desde tempos antigos, proporcionando uma possibilidade de análise da decisão proferida por outro órgão, o duplo grau de jurisdição vem sofrendo consideráveis críticas doutrinárias⁵².

As correntes que se opõem à consideração do duplo grau de jurisdição como um princípio invocam que:

“a) não só os juízes de primeiro grau, mas também os da jurisdição superior poderiam cometer erros e injustiças no julgamento, por vezes reformando até uma sentença consentânea com o direito e a justiça; b) a decisão em grau de recurso é inútil quando confirma a sentença de primeiro grau, infringindo até o princípio da economia processual; c) a decisão que reforma a sentença da jurisdição inferior é sempre nociva, pois aponta uma divergência de interpretação que dá margem à dúvidas quanto à correta aplicação do direito, produzindo a incerteza nas relações jurídicas e o desprestígio do Poder Judiciário”⁵³.

Considerando-se essas circunstâncias, surgem como aspectos negativos do duplo grau de jurisdição os seguintes pontos: a dificuldade de acesso à justiça, o desprestígio da primeira instância, a quebra de unidade do poder jurisdicional, a dificuldade na descoberta da verdade mais próxima possível da real e a inutilidade do procedimento oral⁵⁴. Cada um desses pontos, como fez o eminente autor Fredie Didier Jr., merece ser destrinchados e seus argumentos devidamente expostos.

1-) Dificuldade de acesso à justiça: Ao pôr em prática o duplo grau de jurisdição, o processo é prolongado. Uma consequência trazida por esse prolongamento é a elevação dos custos, e isso chega a acarretar uma denegação de justiça, provocando danos económicos às partes. Essas consequências proporcionam um afastamento do Judiciário, beneficiando aquele que demanda sem ter razão, ou termina por obrigar quem tem razão a renunciar de seu direito. Adoptando essas conclusões e considerando reais seus efeitos, o autor Luiz Guilherme Marinoni afirma que “o duplo grau, em resumo, é uma boa desculpa para o réu que não tem razão retardar o processo”⁵⁵.

Sem o intuito específico de derrubar esse argumento, a implementação computacional no processo judicial veio diminuir o tempo em que se espera para que um recurso seja julgado em segunda instância. Como fora afirmado anteriormente no presente trabalho, a desmaterialização processual possibilita a rápida circulação do processo entre os

⁵² LASPRO, Orestes Nestor de Souza - *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo/SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais – RT, 1995, pp. 98-117; MARINONI, Luiz Guilherme - *Tutela antecipatória, julgamento antecipado. Parte incontroversa da demanda*. 5ª edição. São Paulo/SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais – RT, 2003, pp. 209-223.

⁵³ CINTRA, Antônio Carlos; PELLEGRINI, Ada; DINAMARCO, Cândido Rangel – *op. cit.*, p. 74.

⁵⁴ DIDIER JR., Fredie (b) – *Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. In “Curso de direito processual civil”. 11ª edição. Salvador/BA, Brasil : Editora Podium, Volume 2, 2009, p. 22.

⁵⁵ MARINONI, *op. cit.*, p. 213.

desembargadores, juízes e tribunais de primeira e segunda instâncias. Isso traz como consequência uma diminuição no tempo que leva para um recurso ser apreciado e julgado, contribuindo, assim, para um julgamento mais célere e trazendo uma maior eficiência ao processo judicial.

2-) Desprestígio da primeira instância: Uma vez que a decisão proferida pelo juiz de primeiro grau pode ser reexaminada na segunda instância, aquela passaria a perder sua relevância decisional necessária para ser obedecida e cumprida. A actividade processual do primeiro grau ficaria reduzida tão-somente à presidência da actividade instrutória. Da mesma forma, seus pronunciamentos seriam, na verdade, meras opiniões quanto às questões de mérito, pois estas só seriam definitivamente resolvidas em segundo grau⁵⁶. Através dessa análise, verifica-se que o primeiro grau consiste em uma ampla fase de espera. Nesta etapa o processo seria preparado e instruído para a fase do julgamento definitivo, em sede de apelação, e apenas para a parte a qual possui condições económicas para chegar até esta fase⁵⁷.

3-) Quebra de unidade do poder jurisdicional – insegurança: Ao se analisar a decisão proferida em primeiro grau, a segunda instância pode, ou manter a decisão examinada, ou reformá-la/invalidá-la. A doutrina critica ambos posicionamentos, afirmando que os mesmos causam descrédito à função jurisdicional. Atesta-se que, caso mantida a decisão, os actos os quais puseram a matéria a ser analisada pelo segundo grau de jurisdição demonstraram-se inúteis. Isso, pois, a parte recorrente permanece inconformada com o resultado. Essa situação ainda traz mais indignação à esta parte pois a mesma fora obrigada a pagar uma quantia a título de custas para que a matéria fosse reexaminada. Após não haver alteração na decisão, a parte fica sem qualquer tipo de consolo, seja este jurídico ou psicológico. Na hipótese de reforma da decisão de primeiro grau, a conclusão trazida seria a de que esta instância é falha e frágil, sem ser digna de confiança ou prestígio. Essas afirmações repercutem na imagem de todo o Judiciário e abalam todo o procedimento judicial⁵⁸.

Em defesa do argumento acima exposto, o jurista Luiz Guilherme Marinoni afirma o seguinte no que diz respeito à insegurança trazida pelo duplo grau de jurisdição:

“[...] o leigo, quando se depara com um juiz na instrução, e depois espera ansiosamente a sentença, imagina que ela terá efeito na sua vida. Entretanto, com o duplo grau, a decisão do juiz não interfere em nada na vida das pessoas; ela é, talvez, um projeto da única e verdadeira decisão: a do tribunal”⁵⁹.

⁵⁶ LASPRO, *op. cit.*, p. 115.

⁵⁷ MARINONI, *op. cit.*, p. 215.

⁵⁸ LASPRO, *op. cit.*, p. 116.

⁵⁹ MARINONI, *op. cit.*, p. 216.

4-) Afastamento da verdade da mais próxima possível da real: Quando a legislação fornece uma dilação probatória em segunda instância, ocorrem dificuldades na produção da prova. Isso termina por ocasionar uma divergência entre o resultado obtido na segunda instância, em oposição àquele alcançado na primeira instância, principalmente no que diz respeito às provas orais⁶⁰.

5-) Inutilidade do procedimento oral: Através do sistema processual em vigor, é garantida a oralidade e seus actos conseqüentes. Isso serve para que o julgador participe efectivamente do processo, tenha contacto directo com as provas e, assim, profira uma sentença. No entanto, esse mesmo sistema processual permite que essa decisão seja substituída por uma cujo órgão julgador não teve contacto algum com a produção de provas, julgando, dessa forma, com base na documentação dos actos processuais⁶¹.

Através da enumeração acima, pôde-se constatar os argumentos utilizados com o intuito de desconsiderar o duplo grau de jurisdição como um princípio. Esses argumentos demonstram conseqüências negativas trazidas pelo emprego do duplo grau de jurisdição. Essas conseqüências apresentam resultados que, devido a utilização do duplo grau de jurisdição, não só danificam o andamento judicial, como também mancham a imagem de todo o Poder Judiciário. Devido a essas dificuldades, para quem as defende, torna-se inviável a consideração do duplo grau de jurisdição como um princípio, e especialmente como um princípio constitucional.

No que diz respeito à consideração do duplo grau de jurisdição como um princípio constitucional, Canotilho não chega a acolher todas as críticas acima apontadas. Este autor, no entanto, chega a afirmar que o duplo grau de jurisdição está constitucionalmente assegurado no processo penal, de acordo com o artigo 32º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa. Entretanto, permanece discutível sua generalização para as esferas civil e administrativa. Defende, este renomado jurista, que um duplo grau de jurisdição não é necessário e obrigatório para todos os feitos submetidos a uma decisão jurisdicional. Este autor encontra fundamento para a existência de um duplo grau de jurisdição em processos nos quais “estejam em causa esquemas sancionatórios particularmente agressivos para os cidadãos”⁶².

Apesar de apresentar esses argumentos, Canotilho não desconsidera o duplo grau de jurisdição como um princípio. Este autor chega, inclusive, a reconhecer que a constituição

⁶⁰ LASPRO, *op. cit.*, p. 116.

⁶¹ *Ibidem*, p. 133.

⁶² CANOTILHO, *op. cit.*, p. 667.

prevê vários graus de jurisdição⁶³. Esse, inclusive, é um dos argumentos utilizados por aqueles os quais defendem o duplo grau de jurisdição a ser considerado como um princípio.

Também utilizados como argumentos favoráveis ao duplo grau de jurisdição, estão aqueles apresentados para descrever as funções do mesmo no procedimento judicial. Aqueles que defendem a posição do duplo grau de jurisdição como princípio afirmam, que o mesmo não serve para retirar poderes dos juízes de primeiro grau. A independência dos juízes permanece inalterada. O termo “jurisdição superior” é apenas uma indicação de competência. Com este, tão-somente demonstra-se que o órgão de jurisdição superior possui competência para julgar novamente as causas decididas pela jurisdição inferior. A independência e as garantias dos juízes não sofrem qualquer alteração, e muito menos ficam reduzidas⁶⁴.

Outro argumento favorável prega que o reexame proporcionado pelo duplo grau de jurisdição produz uma decisão mais conceituada, tendo em vista aqueles encarregados do novo julgamento. Estes constituem um órgão colegiado, composto por juízes mais experientes. A possibilidade do juiz de primeiro grau ver reexaminada e reformada sua decisão também gera outra consequência benéfica ao processo. Afirma-se que, de posse desse conhecimento, estes juízes se revestem de maiores cuidados ao elaborar a sentença. Isso contribui como um controlo de qualidade indirecto das decisões judiciais⁶⁵.

O duplo grau de jurisdição também desempenha uma função política ao proporcionar o controlo das decisões proferidas na primeira instância. Uma vez que o Poder Judiciário não tem seus membros eleitos pela população, fica ausente algum tipo de controlo popular sobre este Poder. Essa ausência vem a ser suprida pelo duplo grau de jurisdição, que oferece uma análise das decisões do primeiro grau e verifica o cumprimento da lei. Efectua, assim, um controlo interno da legalidade e justiça das decisões judiciárias⁶⁶.

Existe, ainda, para corroborar com a defesa do duplo grau de jurisdição como princípio, o facto de que os tribunais, na maioria dos casos, exercem a função de segundo grau. Ou seja, a maioria dos tribunais previstos pela Constituição está encarregada de reexaminar a matéria e as decisões proferidas em primeira instância.

O princípio não necessita estar expressamente previsto para que o mesmo esteja presente no sistema normativo⁶⁷. Assim, pode se chegar a conclusão de que, o facto de não

⁶³ *Ibidem*, p. 667.

⁶⁴ CINTRA, António Carlos; PELLEGRINI, Ada; DINAMARCO, Cândido Rangel – *op. cit.*, p. 74.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 74-75.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 75.

⁶⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de processo civil*. 2ª edição. São Paulo/SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais – RT, 2002, pp. 131-141.

estar mencionado expressamente para os procedimentos civil e administrativo, não constitui uma exclusão do duplo grau de jurisdição dos princípios jurídicos. Inclusive porque é possível haverem exceções ao princípio, pois as normas infraconstitucionais podem restringir ou até eliminar recursos em casos específicos⁶⁸. Ademais, sendo o duplo grau de jurisdição um princípio, é de se esperar que existam princípios contrários, que se oponham àquele. Ou, como afirma o jurista brasileiro Fredie Didier Jr., “sendo o duplo grau um princípio, pode ser contraposto por outro princípio, de molde a que haja limites de aplicação recíprocos”⁶⁹.

O eminente procurador brasileiro, Delosmar Mendonça Jr., expõe um raciocínio o qual permite que o duplo grau de jurisdição seja considerado um princípio, mas que lhe sejam aplicadas reservas no tocante ao seu exercício, dizendo que:

“(…) a presença constitucional do duplo grau de jurisdição não significa seu caráter absoluto. Por ser princípio, deve se harmonizar no sistema, convivendo com outros princípios, mesmo diante da colisão no plano empírico, resultante da tensão das normas. Os princípios, diferente das regras, não funcionam no regime de exclusão no caso de conflito, e sim da ponderação.

[...] O duplo grau está no sistema em permanente tensão com o princípio da efetividade do processo..., devendo ser ponderado em situações concretas, obedecendo ao mecanismo da proporcionalidade.

Essa ponderação é feita inicialmente pelo legislador, sopesando valores através das normas principais. Ponderando assim a complexidade da matéria, a importância social da causa, as circunstâncias procedimentais e a duração razoável do processo, pode o legislador, concedendo maior peso à efetividade sem sacrificar (eliminar) os princípios do devido processo legal e ampla defesa, optar por restringir o duplo grau de jurisdição em determinadas causas ou em certas circunstâncias”⁷⁰.

A opinião acima transcrita é sustentada por outros autores e sugere uma maneira bastante racional da aplicação do duplo grau de jurisdição ser facultado em casos específicos. Essa possibilidade merece ser levada em consideração para que seja estabelecido um debate oficial a fim de se poder concluir definitivamente as indagações levantadas. Esses questionamentos dividem a doutrina e, por não existir um posicionamento unificado, os magistrados adoptam aquele com o qual concordam. Assim, obtêm-se decisões variadas e termina-se sem conseguir transmitir a racionalidade conservada pelo Judiciário.

Através das considerações apontadas neste tópico, constata-se que a presença do duplo grau de jurisdição no sistema judicial é uma certeza, no entanto existe uma dúvida com relação a sua aplicação obrigatória em todos os casos. Esse debate traz consigo autores e estudiosos de renome a defender ambas as hipóteses. Ainda não existe um desfecho conclusivo para esse debate, pelo que o duplo grau de jurisdição continua com sua aplicação generalizada.

⁶⁸ DIDIER JR. (b), *op. cit.*, p. 26.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 26.

⁷⁰ MENDONÇA JR., Delosmar - *A decisão monocrática do elator e o agravo interno na teoria geral dos recursos*. São Paulo/SP, Brasil: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. Tese de doutoramento, pp. 55-56.

O conflito de opiniões fomentado pela aplicação do duplo grau de jurisdição permitiu que os estudiosos desenvolvessem argumentos que merecem ser considerados. Esses argumentos, tanto os negativos quanto os favoráveis ao duplo grau de jurisdição, trazem fundamentos relevantes que apontam fraquezas e aspectos positivos do duplo grau de jurisdição. O conhecimento desses pontos fortes serve para que se possa indentificar os factores que devem ser incentivados, e os aspectos criticados mostram para onde os esforços de melhora têm de ser direccionados.

A informatização processual não fora incorporada com o fim específico de eliminar as críticas voltadas ao princípio do duplo grau de jurisdição, ou de reforçá-las. No entanto, essa modernização processual atinge especificamente esse princípio e aspectos dessa modernização abrangem especificamente o duplo grau de jurisdição. Essa constatação mostra que, no que diz respeito ao debate analisado no presente tópico, o duplo grau de jurisdição possui relevância considerável e essencial ao procedimento do processo judicial. Caso isso não fosse verdade, esse princípio não estaria sendo abordado nem especificamente beneficiado por essa modernização processual. Ou seja, se o duplo grau de jurisdição não possuísse uma presença certa em todos os procedimentos processuais, o mesmo não teria benefícios da informatização processual especificamente direccionados para si.

3.4. CONCLUSÃO

A presença do duplo grau de jurisdição e sua função de proporcionar um reexame da decisão proferida pelo juiz de primeiro grau encontra protecção em infinitas decisões as quais foram efectivamente reformadas. A prerrogativa de existir um meio da parte vencida de ver reexaminada a decisão que fora proferida contra si é considerada constitucional para alguns autores. Suprimir esse direito seria uma afronta contra os princípios constitucionais, ou ainda uma afronta aos Direitos Humanos internacionalmente protegidos.

Como fora exposto, essa visão não é unânime, mas serve de reflexão ao se estudar o princípio do duplo grau de jurisdição.

Mesmo admitindo a importância desse princípio, não se pode ignorar os empecilhos trazidos pelo mesmo ao andamento processual. Esses obstáculos podem ser observados, por exemplo, quando são utilizados recursos apenas com o intuito de procrastinar o andamento processual. Esses recursos são interpostos mesmo sem haver erro ou equívoco na decisão proferida na instância inferior, mesmo assim são remetidos para o grau superior para ter a

causa julgada novamente. Ao serem utilizados dessa forma, os recursos favorecem ao acúmulo processual e servem como um desincentivo para se buscar a via judicial.

Alguns dos benefícios trazidos pelo duplo grau de jurisdição, assim como certos prejuízos ocasionados pelo mesmo, são facilmente observados e identificados, como se viu anteriormente. A sujeição a um erro de interpretação legal por parte do juiz é uma realidade que sempre existirá pelo facto desse agente ser um ser humano. Dessa forma, existe uma necessidade de permitir que a decisão judicial proferida pelo mesmo seja reexaminada. Por outro lado, a demora ocasionada quando esse reexame serve mais como uma estratégia procrastinatória deve ser combatida, até mesmo para que o cidadão sinta segurança e confiança em expor sua causa ao Judiciário.

Ao contrapor os aspectos acima, verifica-se uma necessidade de garantir a presença do duplo grau de jurisdição, assim como uma razão para excluí-lo.

A exclusão de um princípio de um sistema judicial não pode ocorrer sem uma reforma desse mesmo sistema. Isso, pois, os princípios judiciais dão o norte a ser seguido pelas normas legais e procedimentais a serem adoptadas em um Estado. É com base neles que o legislador orienta seu pensamento ao elaborar uma norma. Entretanto, nos casos práticos, muitas vezes ocorre um conflito entre princípios. Quando isso ocorre, o agente responsável, na maioria das vezes o juiz, deve optar qual princípio oferece melhor solução para o caso específico. Vê-se, assim, que um princípio pode sofrer a imposição de outro quando este possui aplicação mais adequada para o caso concreto.

No que diz respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição não só sua aplicação encontra-se em debate, mas também sua existência como um princípio processual. Esse debate é corrente e ainda não apresenta uma conclusão final. Uma vez que essa discussão não fora concluída, o duplo grau de jurisdição permanece sendo considerado um princípio como inicialmente o fora. Mesmo assim, os argumentos oferecidos em desfavor desse princípio, e que apontam aspectos negativos causados pela aplicação do mesmo, merecem ser considerados, ainda que se discorde deles. Seus fundamentos possuem uma base prática e não podem ser ignorados inadvertidamente. Esses argumentos trazem consigo características negativas presentes no processo judicial que podem estar sendo agravadas pela aplicação do duplo grau de jurisdição.

Entretanto, por outro lado, existem os argumentos que justificam e defendem a presença e a aplicação desse princípio. Esses argumentos mantêm o duplo grau de jurisdição como um princípio, porém não o retiram do debate contra essa classificação.

Desses argumentos que desclassificam o duplo grau de jurisdição como princípio e dos que o mantém como tal, existem vários aspectos relevantes que precisam ser considerados. Não se chegou ao final desse debate e o duplo grau de jurisdição permanece como um princípio. Entretanto, não é por isso que as colocações negativas realizadas contra o mesmo possam ser menosprezadas. Pelo contrário. É necessário filtrar sua relevância, verificar os aspectos que concretamente existem e combatê-los. Essa iniciativa não precisa ser realizada com o objectivo de manter o duplo grau de jurisdição como um princípio, mas deve sim ter o intuito de tornar sua aplicação mais eficiente. Ao realizar os melhoramentos necessários garantindo sua eficaz aplicação, a relevância e importância desse princípio restam evidentes, minimizando questões secundárias a seu respeito.

Com as inovações tecnológicas e informáticas implementadas em diversos serviços, a rapidez da prestação dos mesmos aumentou consideravelmente. O que gera uma expectativa de tempo mais reduzido pela população no que diz respeito à conclusão desses serviços. No Direito não é diferente, especialmente no que concerne ao Direito processual e ao andamento do processo nos tribunais.

Essa observação acentuada do tempo que dura para obter-se o resultado da prestação judicial traz um foco considerável para a aplicação do duplo grau de jurisdição. Isso é um dos argumentos utilizados em desfavor desse princípio e invoca a demora ocasionada pelo reexame da decisão proporcionada pelo mesmo. Esse é um dos pontos cruciais a ser considerado, principalmente na sociedade moderna em que todos os serviços tornaram-se mais rápidos através do uso da tecnologia informática.

É exatamente essa tecnologia que deve ser aproveitada, uma vez que sua utilização trouxe consideráveis avanços na realização de serviços. Mesmo com esses benefícios confirmados, a utilização da tecnologia informática computacional no processo judicial ocorreu tardiamente. Isso se deveu a factores como, por exemplo, a segurança e sigilo dos dados processuais, no entanto, apesar dessa resistência inicial, a tecnologia informática computacional passou a ser utilizada inclusive para agilizar o duplo grau de jurisdição. Com o Decreto-Lei 303/2007 de 24 de Agosto os recursos passaram a estar disponíveis em formato electrónico simultaneamente para todos os desembargadores encarregados de seu respectivo julgamento. Isso diminui o tempo de tramitação, atingindo efetivamente a aplicação do duplo grau de jurisdição.

Essa inovação já é uma resposta a necessidade de se diminuir o tempo da tramitação processual e demonstra a vontade judicial para tanto. Essa medida não resolve o problema da

demora do trâmite processual, mas diminui a dificuldade que o duplo grau de jurisdição alegadamente apresenta.

Apesar de, algumas vezes, se apresentar como um empecilho para o encerramento do processo, o duplo grau de jurisdição não pode ser ignorado ou aleatoriamente excluído. Entretanto, como fora anteriormente afirmado, ao existir um conflito entre princípios, cabe ao magistrado decidir qual deles apresenta uma solução melhor para o caso prático. Ao ponderar sobre a rapidez processual e o reexame da matéria julgada vê-se um conflito entre o princípio do duplo grau de jurisdição e o princípio da celeridade processual. Inicialmente esse conflito permitiria que o magistrado, após analisar o caso cuidadosamente e com todas as suas particularidades, escolhesse qual dentre os princípios em questão traria uma solução mais adequada para o caso respectivo. Estando em discussão a aplicação de mais de um princípio, o juiz possui o dever de realizar tal escolha. Contudo, essa escolha não pode ser aleatória e deve observar as disposições que orientam o Direito.

No que diz respeito ao duplo grau de jurisdição, mesmo com todo o debate em torno de si, esse princípio é considerado como sendo de extrema relevância para as partes e legalmente assegurado. O facto do mesmo ser considerado um princípio constitucional para muitos, lhe concede uma prerrogativa de precedência em relação a outros princípios. Ademais, sua presença está garantida por lei, ocasionando, para as partes, uma expectativa de oportunidade de ter a decisão processual re-analisada em caso de insatisfação. Por outro lado, o princípio da celeridade processual é mais um objectivo a ser perseguido durante todo o trâmite processual, não há uma norma que apresente uma ocasião concreta em que este deva prevalecer, no entanto há directrizes legais que determinam a presença do duplo grau de jurisdição. É por isso que, mesmo estando em conflito com o princípio da celeridade processual, o duplo grau de jurisdição não pode ser suprimido.

No entanto, resta claro afirmar que os obstáculos apresentados pela utilização inadvertida do duplo grau de jurisdição lhe carregam com uma polémica que necessita de um desfecho. Autores renomados, inclusive Canotilho, acreditam que esse princípio não deve ter sua aplicação obrigatória nas esferas civil e administrativa⁷¹. Com essa consideração, e com a demanda de maior celeridade na prestação judicial, a ponderação sobre a aplicação do duplo grau de jurisdição não pode ser descartada sendo bem vinda uma análise crítica a seu respeito.

Uma consideração externada por Canotilho questiona a aplicação do duplo grau de jurisdição e até oferece uma possibilidade para que a utilização desse princípio não venha a

⁷¹ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 667.

prolongar o trâmite processual. Este autor não considera o duplo grau de jurisdição como sendo necessário e obrigatório para todos os feitos submetidos a uma decisão jurisdicional, e defende ainda que esse princípio encontra fundamento em processos nos quais “estejam em causa esquemas sancionatórios particularmente agressivos para os cidadãos”⁷². De acordo com esse pensamento, os casos que não possuem essas características não devem ser analisados por uma instância superior.

Esse pensamento não exclui a aplicação do duplo grau de jurisdição nem o desconsidera como um princípio, apenas selecciona melhor quais os casos que devem ser reexaminados por uma instância superior.

Apesar de sua fundamentação racional, esse pensamento constitui apenas uma opinião. O mesmo não pode ser aplicado devido a sua falta de suporte legal. Suas considerações são gerais e, para serem incorporadas, precisam de delimitações e definições. Seria necessário, por exemplo, definir o que viriam a ser “esquemas sancionatórios particularmente agressivos para os cidadãos”. Deixando isso para ser definido pelos juízes, na prática, a matéria estaria exposta a uma grande variação de opiniões subjectivas, ficando, dessa forma, excluída a objectividade da qual depende o tratamento isonômico dispendido às partes.

Isso que fora demonstrado logo acima não descarta a ideia apresentada por Canotilho, apenas demonstra que a mesma precisa ser cuidadosamente elaborada a fim de se evitar complicações práticas em sua aplicação. A opção apresentada por este autor é, na verdade, de relevância considerável, pois com uma limitação dos casos que possam utilizar o duplo grau de jurisdição, os tribunais superiores ficariam menos congestionados e poderiam se dedicar a matérias de maior complexidade e relevância para a população. Essa filtragem poderia ainda fazer prejulgadas certas matérias menos complexas por já haverem sido consideradas em julgamentos anteriores. Isso acaba por sedimentar posicionamentos, tornando dispensáveis recursos sobre determinadas matérias.

Atestando a possibilidade da exclusão do duplo grau de jurisdição outros autores também já se pronunciaram sobre essa hipótese não vir a ferir o devido processo legal. Sobre isso o autor Oreste Nestor de Souza Laspro conclui o seguinte:

“Os princípios do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição, apesar de ligados entre si, não traduzem relação de dependência ou continência. Isso porque é possível assegurar o devido processo legal sem o duplo grau de jurisdição e vice-versa”⁷³.

⁷² *Ibidem*, p. 667.

⁷³ LASPRO, *op. cit.*, pp. 197.

Assim, verifica-se que a possibilidade de excluir o duplo grau de jurisdição de certos procedimentos não corresponde a um feito impensável e inviável. Nos casos de pouca complexidade e nos casos nos quais a audiência oral representa um factor diferencial, o duplo grau de jurisdição representa um obstáculo para um encerramento célere do processo. Nessas hipóteses a possibilidade de se retirar a aplicação desse princípio é uma consideração real e que favorece a celeridade processual. Essa exclusão não fere o princípio da ampla defesa, pois só seria aplicada em casos específicos que se beneficiariam de uma sentença única.

Sobre isso o autor Luiz Guilherme Marinoni afirma o seguinte:

“Os recursos nem sempre são inerentes à ampla defesa; nos casos em que não é razoável a previsão de um duplo juízo sobre o mérito, como nas hipóteses das causas denominadas de “menor complexidade” – que sofre os efeitos benéficos da oralidade –, ou em outras, assim não definidas, mas que também possam justificar, racionalmente, uma única decisão, não há inconstitucionalidade na dispensa do duplo juízo”⁷⁴.

Essas ideias acima apontadas que consideram a retirada do duplo grau de jurisdição, o fazem sem excluí-lo por inteiro, pois isso sim seria inconcebível. As hipóteses levantadas são para agilizar o trâmite processual mas sem retirar elementos que venham impossibilitar o exercício da ampla defesa, por essa razão insiste-se em que o duplo grau de jurisdição tenha sua exclusão considerada apenas em casos de menor complexidade. Esses casos devem compreender soluções simples que não suscitem debates jurídicos prolongados. No entanto, o duplo grau de jurisdição torna-se uma medida vital e necessária em casos nos quais a complexidade exija uma análise mais minuciosa. Retirá-lo desses casos seria uma afronta ao Direito, chegando inclusive a ameaçar a função de controlo judicial que indirectamente é realizado com a aplicação desse princípio.

Como se pode verificar, foram identificados pensamentos, ainda que iniciais, mas que visam contribuir para a celeridade processual. Essas sugestões surgiram ao considerar os argumentos apresentados em debates nos quais são tratados princípios jurídicos, em particular o do duplo grau de jurisdição. Isso demonstra que é possível retirar benefícios práticos das discussões as quais envolvem os princípios jurídicos. Sendo estes os norteadores de todo o sistema judicial adoptado, sua capacidade de orientar o caminho a ser seguido deve ser explorada principalmente em fases de mudanças e inovações.

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz - *Manual do processo de conhecimento*. 2ª edição, São Paulo/SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais - RT, 2003, p. 523.

Capítulo IV: PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

4.1. ACESSO À JUSTIÇA

Todo Estado desenvolvido exige que os cidadãos obedeçam as normas legais e as determinações que o Direito impõe. Essa cobrança é uma exigência generalizada, ou seja, toda a população deve se submeter àquilo determinado por esta ciência jurídica. Uma vez que o Direito estabelece as normas a serem seguidas nas mais variadas relações, quando essas normas são desrespeitadas deve haver uma maneira de punir o infractor e também de indemnizar o prejudicado. Isso se torna possível após a apreciação judicial do respectivo caso e com a sentença proferida pelo juiz. Entretanto, para que isso ocorra, o caso deve encontrar seu caminho para um tribunal a fim de que seja instaurado o processo adequado. O acesso aos tribunais, ou acesso à justiça, permite que os casos em que haja uma divergência jurídica sejam devidamente apreciados pelo Judiciário. A importância essencial de assegurar à população uma aproximação ao Judiciário é considerada um princípio constitucional. Esse princípio permite a aplicação de outros princípios e garantias que orientam o procedimento a ser seguido. Ao apreciar um caso e determinar qual comportamento deve ser obedecido, o magistrado o faz sob a luz desses princípios e garantias, sendo os mesmos os responsáveis pelo norte processual.

O tópico do acesso aos tribunais tem sua aplicação em constante aperfeiçoamento. A sociedade está sempre a reivindicar melhoramentos e uma acessibilidade mais eficiente. Isso ocorre há vários séculos e demonstra o difícil trabalho de alcançar a satisfação da sociedade. Apesar de não se conseguir agradar plenamente a população, essa tarefa de se buscar facilitar o acesso à justiça não pode ver diminuídos os seus esforços. A sociedade moderna procura uma aproximação rápida e simples com os órgãos públicos, especialmente os órgãos judiciais; garantir essa aproximação é um objectivo a ser constantemente procurado.

A extensa utilização da tecnologia informática pelos órgãos públicos reclama uma adaptação dos tribunais a fim de proporcionar essa tão cobrada aproximação da população com a justiça. Essa modernização está a acontecer e pode ser verificada, nomeadamente, pela implementação da desmaterialização processual. Uma rápida análise da utilização dessa tecnologia traz a conclusão de que, entre outras consequências, os tribunais tornam-se mais acessíveis para a população. Entretanto, para garantir um melhor aproveitamento e para se assegurar da correcta utilização dessa modernização processual, essa análise não pode ser superficial e nem movida pelo fervor da novidade tecnológica.

Ao serem implementadas inovações judiciais, muitas vezes o desejo de trazer rapidez e simplicidade ao procedimento inovado acaba por atrapalhar uma análise neutra necessária para obter-se uma ideia concreta dos benefícios e malefícios trazidos. E não é raro que essa análise olvide também os princípios básicos presentes e obedecidos pelo procedimento a ser modernizado. A cobrança apressada da sociedade contribui para esse esquecimento, contudo, não se pode ceder à essa pressa e antecipar os resultados do estudo necessário para que seja incorporada a inovação em questão.

O tópico do acesso à justiça, ou acesso aos tribunais, recebe uma cobrança constante da população que sente estar sempre distante do Direito. A reivindicação por uma justiça próxima e acessível aos cidadãos tem origem em tempos imemoriais. Não se consegue determinar quando a população exigiu pela primeira vez uma justiça mais tangível à defesa de seus interesses individuais, mas é indubitável que essa cobrança ainda está vigente nos dias actuais.

Com a evolução do Direito, acompanhada com a evolução da sociedade, procurou-se progressivamente tornar a justiça mais próxima da população. No decorrer do tempo alguns empecilhos foram ultrapassados, outros novos surgiram e outros antigos terminaram por retornar; jamais se conseguiu apresentar uma proposta que viesse satisfazer plenamente a população. Carregando essa experiência, uma visão pessimista poderia chegar a concluir que um projecto de acessibilidade à justiça recebido com aprovação unânime por parte dos cidadãos é impossível de ser confeccionado. Apesar dessa conclusão negativa, não se pode esmorecer e desistir de tornar a justiça mais acessível, pelo contrário. Da mesma maneira que as reclamações da população são infundáveis, devem ser da mesma forma constantes e permanentes as tentativas de melhoramento que aproximam o Direito dos cidadãos.

Sem patrocinar o acesso à justiça e dificultando a aproximação do Direito à população, passa-se a dar lugar a uma ditadura judicial que termina por favorecer uma porção reduzida da população. Para afastar essa perspectiva, o acesso à justiça é considerado um princípio constitucional a ser reivindicado por todos os cidadãos. O conteúdo desse princípio não diz respeito apenas à possibilidade de ingressar com um processo judicial nos tribunais. Esse princípio também defende o dever de ser proferida uma decisão, em tempo razoável, que apresente uma solução para o caso respectivo. Esse conceito será analisado com maior profundidade ainda no presente trabalho, mas com essa breve consideração já se pode obter uma ideia sobre o que é assegurado por esse princípio. Levando em conta o que preconiza o princípio de acesso à justiça, inúmeras modificações procedimentais já foram realizadas no decorrer dos anos para tornar a justiça mais acessível à população.

Uma vez que se está em debate a realização de uma modificação a qual envolve um aspecto tão essencial para a prática judicial, o cuidado dispendido na análise prática precisa ser exaustivo. Uma inovação procedimental trás consigo factores positivos e negativos, todavia, esses últimos factores terminam por serem menosprezados frente à vontade de inovar. As modificações que visam simplificar o acesso à justiça por vezes carregam consigo requisitos que chegam a dificultar a possibilidade de ingressar com um processo judicial, contribuindo, assim, de forma oposta àquela objectivada.

Na presente era tecnológica vivenciada, ao implantar-se a tecnologia no mundo jurídico, especialmente a tecnologia informática, são exigidos vários requisitos para que o usuário tenha acesso ao serviço desejado. Por vezes requer-se que o indivíduo possua um computador com determinada configuração, exige-se um programa específico com uma versão particular, entre outros factores. Essas exigências quando extrapolam o razoável apresentam-se mais como um empecilho e dificultam o acesso à população ao serviço em questão.

Sendo o acesso à justiça um tema repleto de constantes reivindicações e que, apesar das inúmeras evoluções, permanece com críticas de insatisfações, o cuidado nesse tópico precisa ser acentuado. No Direito, uma modernização acaba por exigir um maior número de requisitos a fim de que essa nova implementação torne-se funcional, disso decorre uma involução prática e afasta da população o acesso ao Direito. Os benefícios oriundos de uma implementação inovadora é o que deve de ser vislumbrado, não a implementação em si.

A relevância acentuada do princípio do acesso à justiça reclama uma análise específica desse tópico frente a utilização da tecnologia informática na esfera processual. Ademais, essa utilização tecnológica apresenta, como um de seus objectivos específicos, tornar o acesso aos tribunais mais simplificado, isso reflecte directamente no princípio do acesso à justiça, tornando esse estudo imprescindível.

4.2. DEFINIÇÃO DO ACESSO Á JUSTIÇA

O acesso à justiça é um princípio constitucional estruturante do Estado de direito, o mesmo está assegurado pelo artigo 20º da Constituição da República Portuguesa⁷⁵. Este

⁷⁵ Constituição da República Portuguesa, artigo 20.º – 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. 3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos

princípio é também conhecido como o princípio do acesso aos tribunais ou ainda como princípio de acesso ao direito e da garantia da tutela jurisdicional efectiva. Através desta última denominação constata-se que o princípio aqui analisado não almeja garantir apenas o acesso aos tribunais, a garantia emanada do mesmo é bem mais abrangente. Através do princípio do acesso à justiça, além da aproximação aos tribunais, garante-se aos cidadãos a possibilidade de defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de um acto de *jurisdictio*⁷⁶.

Canotilho apresenta uma definição mais esmiuçada sobre o princípio do acesso à justiça obedecendo a corrente do Tribunal Constitucional defendida por Manuel de Andrade. A definição apresentada consiste em afirmar que:

“[...] o direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discreter sobre o valor resultado de causas e outras⁷⁷.”

Outro conceito apresentado por Arquilau de Paula não é tão específico como o de Canotilho acima transcrito, mas consegue excluir as ideias que restringem o princípio do acesso à justiça e dá um foco na importância que o mesmo tem para o ser humano. Este autor afirma que:

“[...] acesso à justiça, não é acesso ao prédio do Judiciário, às suas dependências físicas, de custas baratas e até de dispensa ou isenção de custas, advogados pagos pelo Estado (defensorias públicas), dispensa da presença do advogado, violação da essencialidade do advogado, mas, essencialmente, realização efectiva da Justiça, como valor sem o qual o ser humano não vive, não sobrevive”.⁷⁸

Como se pode observar, o acesso à justiça dá ensejo à aplicação prática de outros princípios constitucionais. Ao accionar a justiça ingressando com um processo no tribunal, passam a ser exercidos outros princípios que permitem ser alcançada uma decisão judicial para o caso respectivo. Dos princípios que passam a ser activados estão o do devido processo legal, o do contraditório e o da ampla defesa. Assim, pode-se afirmar que o acesso à justiça

cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

⁷⁶ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 433.

⁷⁷ *Ibidem.*, p. 433.

⁷⁸ PAULA, Arquilau de. *O acesso à justiça*. [em linha] [Consult. 23 de Outubro de 2010]. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3401>.

permite o funcionamento desses demais princípios, e esses por sua vez patrocinam o alcance da decisão judicial garantida por aquele primeiro princípio, ou seja, o do acesso à justiça.

4.3. O DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL

Após a revisão constitucional de 1997, o artigo 20º, nº 4 da Constituição da República Portuguesa determina que “todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”. Essa determinação garante que uma pessoa obtenha uma resposta judicial nas causas em que participe. Esse direito é reiterado no Código de Processo Civil, em seu artigo 2º:

Código de Processo Civil, artigo 2.º
(Garantia de acesso aos tribunais)

1. A protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar.

2. A todo o direito, excepto quando a lei determine o contrário, corresponde a acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da acção.

A definição apresentada no Código de Processo Civil é mais abrangente e garante ainda a possibilidade de executar a decisão proferida ao final do procedimento judicial. Pode-se também verificar a preocupação com a eficiência prática da acção aplicável para o caso respectivo. Ao permitir que sejam tomados “os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da acção” constata-se o cuidado do legislador com a utilidade da acção. Isso com isso demonstra-se que o direito de se recorrer a uma acção judicial serve para suprir uma necessidade prática, e o resultado obtido dessa acção deve ser capaz de suprir essa mesma necessidade. A exigência de suprir uma necessidade prática não implica em proferir uma decisão favorável, a decisão final do processo pode ser de teor denegatório, mas deve carregar praticidade e corresponder com o caso respectivo.

Inicialmente, o *due process* assumia um papel essencialmente de um direito de defesa do particular contra os poderes públicos. Com o passar dos tempos essa ideia evoluiu e já há algum tempo os textos constitucionais internacionais e os textos legislativos passaram a reconhecer um direito de acesso à justiça. Esse direito oferece uma dupla dimensão: 1-) um direito de defesa frente aos tribunais e contra actos do poder público; 2-) um direito de protecção do particular através de tribunais do Estado no sentido de este o proteger contra a

violação dos direitos do indivíduo por terceiros (observa-se, assim, o dever de protecção do Estado, e o direito do particular de exigir essa protecção)⁷⁹.

As dimensões acima apontadas denotam uma dependência do indivíduo perante o Estado. Uma vez que o cidadão, para defender seus direitos, têm de recorrer aos tribunais judiciais do Estado, fica clara a dependência nutrida entre o particular e o poder público.

A dimensão do acesso à justiça que garante o acesso aos tribunais para defender os direitos individuais do particular está explicitada no nº 1 do artigo 20º da Constituição da República Portuguesa. Esse paradigma garante uma protecção jurídica individual que fornece o direito do particular de recorrer aos tribunais para defender seus direitos e interesses protegidos por lei.

Como fora afirmado anteriormente, o princípio de acesso à justiça também é conhecido como o princípio de acesso aos tribunais. A Constituição da República Portuguesa em seu artigo 20º garante explicitamente o acesso aos tribunais como forma de protecção dos direitos. Com essa afirmação normativa o Estado acaba por assegurar uma garantia institucional da via judiciária, ou seja uma garantia de acesso aos tribunais. Apesar de estar afirmado como preceito fundamental, não existe uma secção específica que trate dos variados tipos de tribunais. Tendo isso em vista, o direito de acesso aos tribunais é considerado um direito fundamental formal o qual necessita de uma densificação proveniente de outros direitos fundamentais materiais⁸⁰.

Essa ligação entre o direito de acesso aos tribunais e os direitos materiais denota a presença de duas dimensões que confirmam a interconexão desses dois direitos. Primeiro, pode-se apontar o seguinte esquema: O direito de acesso aos tribunais é determinado pelos direitos e interesses do particular, no entanto, o direito de acesso aos tribunais é que garante a realização desses direitos e interesses. Em segundo lugar, existe a seguinte ideia: a efectivação dos direitos e interesses ocorre através dos tribunais, porém são esses direitos e interesses que fornecem as medidas materiais de protecção por esses mesmos tribunais.

Essa interconexão entre o direito de acesso aos tribunais e os direitos fundamentais materiais aponta uma extensão da garantia institucional da via judiciária. A garantia institucional apresenta-se ligada com o dever de uma garantia jurisdicional de fornecer justiça a cargo do Estado. Esse dever não decorre apenas do texto constitucional, mas também de um princípio geral que exige um dever de protecção através dos tribunais como uma consequência lógica.

⁷⁹ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 496.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 496.

A obrigação do Estado de oferecer a abertura da via judicial com uma eficácia da protecção jurisdicional é um dever mínimo deste ente. O simples acesso à via judicial também supre o dever estatal de garantir o acesso à justiça. Ademais, não pode a protecção jurisdicional correr o risco de ver-se impedida de ser activada devido a inexistência de uma determinação legal que aponte a via judicial adequada. Esse tipo de obstáculo não pode proibir o acesso à via judicial necessária para ser obtida a respectiva protecção jurisdicional. Caso haja uma lacuna legislativa nesse sentido, a mesma tem de ser suprida sob a pena de se estar a suprimir um direito constitucional fundamental. Por outro lado, ao tentar suprir essa falta, o legislador corre o risco de apontar um caminho judicial tão confuso que deixa o particular desprotegido da mesma forma.

Esse último aspecto legal que acaba por provocar uma complicação capaz de deixar o particular desprotegido ocorre também quando são implementadas inovações procedimentais. Por vezes os requisitos solicitados para tornar viável a inovação desejada são excessivos e acabam por inibir o acesso à via judicial. A implementação da tecnologia informática no Direito e especialmente no processo judicial tem como objectivos principais simplificar o andamento processual e tornar os tribunais mais acessíveis. Essa inovação é bem vinda tendo em vista a grande quantidade de processos a serem julgados e o trâmite demorado desse julgamento. Todavia, ao agilizar um aspecto pontual, pode-se estar a complicar outras etapas. A informatização processual aproxima a população do Direito e permite um controlo processual mais activo, tanto por parte do advogado, como do particular, mas apresenta-se como um desafio para aqueles que não dominam a tecnologia informática. Para essas pessoas ocorreu o inverso e a via judicial tornou-se mais distante. É preciso ter isso em mente ao implementar uma inovação desse porte e também ser consciente de que uma assistência diferenciada deve ser dispendida nesses casos.

Essa necessidade de clareza nas condições para se ter acesso à via judicial não deve eximir, por sua vez, o particular de obter informações sobre como proceder para se ter esse acesso. É obrigação do indivíduo ter conhecimento dos requisitos mínimos exigidos para se ter acesso aos tribunais. Essa informação perfaz um conhecimento básico e deve ser assimilável aos cidadãos. Para proporcionar o acesso à justiça, o Estado não pode, da mesma forma, adoptar a forma processual mais simples apenas para deixar de ser exigido do particular um conhecimento prévio de certas regras. O que deve ser combatido é uma formalidade excessiva que termine por ocasionar, ao particular, a perda do direito de agir caso

não sejam cumpridos certos pressupostos processuais⁸¹. Esse tipo de óbice judicial também resulta na inacessibilidade à justiça e afasta o particular de seu direito constitucional.

4.4. DIREITOS ASSEGURADOS PELO ACESSO À JUSTIÇA

O princípio do acesso à justiça não tem como propósito apenas garantir o acesso aos tribunais, essa é apenas a garantia inicial e a mais óbvia de ser apontada. O acesso à justiça assegura também uma decisão ao caso respectivo, obtida dentro de um prazo razoável, proferida após um julgamento decorrente de um processo equitativo. Valdenir Cardoso Aragão acentua que o acesso à justiça, além de não assegurar apenas o acesso aos tribunais, é garantido a todos os cidadãos independentemente de sua condição social, veja-se:

“Não basta simplesmente a garantia formal da defesa dos direitos e o de acesso aos tribunais, mas a garantia de proteção material desses direitos, assegurando a todos os cidadãos, independente de qualquer condição social”.⁸²

Como se pode observar, após constatar as garantias asseguradas pelo acesso à justiça, este princípio exige a actuação de outros princípios, como o devido processo legal, o contraditório, o princípio da celeridade processual, entre outros. O acesso à justiça alimenta a iniciativa de acção e permite o ingresso processual de uma causa, dando início a todo o trâmite processual. No entanto, o acesso à justiça não tem seu inteiro propósito alcançado quando uma causa ingressa na via judicial. Esse princípio cobra ainda factores que são observados no decorrer do trâmite processual, na decisão final proferida e no conjunto temporal entre o início e o fim do processo. Esses factores serão analisados logo em seguida e seu entendimento servirá para se ter uma noção completa do princípio do acesso à justiça.

4.4.1. DIREITO A UMA DECISÃO FUNDADA NO DIREITO⁸³

O direito de acesso à justiça garante o direito ao processo, este, por sua vez, trata de uma situação que, apoiada no direito, busca uma decisão final capaz de encerrar a controvérsia na qual se encontra. A decisão final de um processo também é um componente processual e está, dessa forma, assegurada pelo acesso à justiça. A sentença final proferida no

⁸¹ *Ibidem*, p. 498.

⁸² ARAGÃO, Valdenir Cardoso. *Acesso à justiça*. [em linha] [Consult. 23 de Outubro de 2010]. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060704.php>.

⁸³ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 498.

processo deve conter fundamentação legal que corrobore com a posição externada nessa decisão. A regra que exige essa fundamentação está presente no artigo 205º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa⁸⁴. A necessidade de fundamentar a decisão judicial também é vista, por Canotilho, como integrante do princípio do acesso à justiça. Este autor menciona o seguinte:

“Por outras palavras: no direito de acesso aos tribunais inclui-se o direito de obter uma decisão fundada no direito, embora dependente da observância de certos requisitos ou pressupostos processuais legalmente consagrados. Por isso, a efectivação de um direito ao processo não equivale necessariamente a uma decisão favorável; basta uma decisão fundada no direito quer seja favorável quer desfavorável às pretensões deduzidas em juízo”⁸⁵.

Como resta afirmado pelo autor acima apontado, o acesso à justiça garante uma decisão fundada no direito à causa submetida a um processo, porém, essa decisão não tem que concordar com os argumentos apresentados pelo autor. A decisão proferida deve trazer uma conclusão para a causa examinada, mas essa decisão pode muito bem denegar o direito exigido pela parte autora. Contanto que a decisão tenha como base o direito e justifique seu posicionamento através de fundamentação legal, a mesma corresponde com o que resta protegido pelo acesso à justiça.

O acúmulo de material legal que deve ser de conhecimento dos juristas e utilizado por esses alcançou um nível que torna difícil esse conhecimento prévio. A quantidade de leis e normas em geral que são promulgadas, aliada com a rapidez com que as mesmas são editadas, dificulta o trabalho dos juristas, já que estes têm de conhecer todas essas leis e suas modificações a fim de manterem-se actualizados. Particularmente no tocante aos magistrados, esse conhecimento legal prévio é necessário para que esse agente processual possa fundamentar correctamente suas decisões. Assim, superar esse desafio de se manter actualizado torna-se imprescindível para o correcto cumprimento do princípio do acesso à justiça.

A fim de viabilizar o estudo necessário para manter-se a par das novidades legais, a informática computacional vêm sendo utilizada de forma a catalogar e organizar o material legal é constantemente editado. Com o auxílio de um computador é possível guardar e catalogar as normas referentes a uma determinada matéria, ou ainda arquivar essas normas em ordem seqüencial.

⁸⁴ Constituição da República Portuguesa, artigo 205.º – 1. As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei.

⁸⁵ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 498.

A Internet é outra ferramenta que auxilia a busca de normas sobre uma determinada matéria. Através da Internet, não só é possível visualizar uma lei específica, como também ficar a par das actualizações legais. São vários os serviços que enviam periodicamente, através de correio electrónico, as mais recentes publicações legais e doutrinárias.

Essas facilidades contribuem para que os magistrados, em especial, tenham acesso às várias normas que vêm sendo publicadas, adicionando-se cumulativamente às normas já existentes e igualmente cobradas. Com essa possibilidade, as fundamentações das decisões judiciais permanecem actuais e eficientes, e o princípio do acesso à justiça correctamente oferecido.

4.4.2. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS MATERIALMENTE ADEQUADOS⁸⁶

O acesso à justiça garante ao particular o ingresso na via judicial, o direito ao processo e o direito de se obter uma decisão fundada no direito. No entanto, para exercer esses direitos é requisitado o preenchimento de certos pressupostos. A exigência desses pressupostos não contraria o princípio do acesso à justiça, todavia, os mesmos devem ser cuidadosamente controlados para não ultrapassarem a tolerância suportável e tornarem-se óbices à prestação da tutela jurisdicional.

Os pressupostos exigidos servem como um controlo e precisam ser preenchidos para permitir-se a análise, pelos órgãos judiciais, das pretensões formuladas no pedido. Através do preenchimento desses requisitos é concedido o direito de uma análise processual e uma conseqüente decisão fundada no direito. Como fora afirmado anteriormente, a decisão não precisa ser favorável, o direito à tutela jurisdicional garante o direito de se obter uma decisão fundada no direito sempre que os requisitos legais forem cumpridos, mas isso não implica em garantir uma decisão favorável.

Esses requisitos são exigidos por lei mas não podem atrapalhar a realização do *due process*. Quando a exigência desses pressupostos põe em risco o direito à tutela jurisdicional, os mesmos, em vez de possibilitar o acesso à justiça, desempenham a função inversa. De acordo com Canotilho, os pressupostos não podem ser desnecessários, inadequados e desproporcionados⁸⁷, com isso em consideração este autor traça a seguinte conclusão:

⁸⁶ *Ibidem*, p. 498.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 499.

“Compreende-se, pois, que o direito ao processo implique: 1-) a proibição de requisitos processuais desnecessários ou desviados de um sentido conforme ao direito fundamental de acesso aos tribunais; 2-) a exigência da fixação legal prévia dos requisitos e pressupostos processuais dos recursos e acções; 3-) a sanção das irregularidades processuais como exigência do direito à tutela judicial”⁸⁸.

O primeiro tópico apontado na conclusão transcrita acima já fora comentado e nesse momento foi apontada a capacidade de requisitos demasiados prejudicarem o devido processo legal. A fim de prevenir a exigência demasiada de pressupostos e para deixar claro quais pressupostos devem ser obedecidos, torna-se necessária sua previsão legal prévia, como consta na segunda determinação apontada. Essa condição legal também serve para impedir o aparecimento de pressupostos diferentes daqueles admitidos pela lei. Esse tipo de controlo contém o surgimento de diferentes pressupostos para os variados tipos de procedimentos e mantém unificada a sua observação.

Esse cuidado com a exigência de pressupostos demasiados deve ser tomado especialmente em fases nas quais se implementam inovações processuais. Com a incorporação da informática computacional no processo e a desmaterialização processual, surgem inovações que requerem o preenchimento de certas condições para se ter acesso às mesmas. Essas exigências não podem extrapolar o razoável e terminar por afastar a população da via judicial. É natural que apareçam requisições técnicas mínimas como a utilização de um computador com acesso à Internet, o uso de um programa de texto para desenvolver os articulados, entre outros; porém exigir aspectos como uma conexão com a Internet de determinada velocidade mínima, um programa de texto com características específicas e de uma versão determinada, assim como um computador de uma marca em particular e características específicas; esse tipo de exigências passa a abranger um número reduzido de pessoas e condiciona o acesso aos tribunais ao preenchimento de outros requisitos além dos pressupostos legalmente previstos.

Os requisitos acima apontados não são pressupostos processuais, mas, caso sejam incorporados, desempenharão o papel de afastar as pessoas da via judicial, e essa consequência é constatemente combatida para não ser incorporada nos pressupostos processuais.

A oportunidade para serem sanadas irregularidades presentes no processo também tem de ser oferecida às partes. Essa garantia é de acentuada importância pois preserva a boa-fé processual e não impede o julgamento daqueles processos que chegam com irregularidades sanáveis. Dessa forma, em vez de haver uma rejeição processual devido à não observação de

⁸⁸ *Ibidem*, p. 499.

determinado pressuposto, confere-se à parte uma oportunidade de sanar essa irregularidade e prosseguir com andamento normal do processo.

4.4.3. PROTECÇÃO JURÍDICA EFICAZ E EM TEMPO HÁBIL ⁸⁹

O tempo dentro do qual a protecção jurídica é proporcionada é relevante para garantir-se a eficiência da mesma. A protecção jurídica assegurada também tem sua eficiência a ser observada, pois, sendo ineficiente, a protecção não atinge seu propósito. Para obedecer esses factores, Canotilho afirma que a causa deve ser apreciada por um juiz analisando-se a matéria de facto e de direito bem como o objecto de litígio e da pretensão do particular para, então, ser proferida uma decisão judicial vinculativa⁹⁰. Este autor continua relatando que além disso deve ser concedida, ao demandante da protecção judicial, uma sentença executória em tempo útil com força de caso julgado. O tempo levado para a sentença ser proferida influi directamente na eficiência do processo e da protecção judicial a ser conferida. Marli Eulália Port enuncia que “o mero tornar disponível o acesso do cidadão não basta, é necessário que a resposta seja dada em tempo hábil e a contento”.⁹¹

Todavia, uma protecção judicial em tempo adequado não implica na existência de uma justiça acelerada. A rapidez com que a protecção judicial é concedida não pode significar a supressão de direitos e garantias materiais, isso acabaria por denotar uma injustiça material aos envolvidos⁹². A supressão de recursos e a diminuição de prazos processuais certamente encurtam o tempo do trâmite processual, no entanto, impedem o exercício de outros direitos assegurados àqueles que litigam no processo respectivo. Entretanto, por vezes, excepções que tornam o trâmite processual mais célere são adequadas para a protecção jurídica dispensada. Exemplos dessas situações são os processos cautelares no processo civil, no processo penal tem-se os prazos em caso de *habeas corpus*, a apreciação em 48 horas da prisão preventiva e a suspensão da eficácia de actos administrativos.

A implementação da tecnologia informática no trâmite processual certamente agiliza o andamento do processo, mas deve-se permanecer atento para que, movidos pela rapidez proporcionada pela incorporação dessa tecnologia, não sejam reduzidas outras garantias necessárias à eficiência da protecção judicial a ser concedida.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 499.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 499.

⁹¹ PORT, Marli Eulália. *Acesso à justiça: Aspectos constitucionais e processuais*. [em linha] [Consult. 23 de Outubro de 2010]. Disponível em: http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070715acesso_marli.php#ref1.

⁹² CANOTILHO, *op. cit.*, p. 499.

Ao disponibilizar o processo em formato electrónico, os magistrados passam a ter mais fácil acesso ao mesmo. Devido ao seu formato electrónico, os desembargadores passaram a ter acesso simultâneo ao processo podendo examiná-lo sem a necessidade de pedir vistas. Esse é um aspecto positivo da desmaterialização processual, porém ao passar a lidar constantemente com o processo em formato electrónico pode-se passar a achar que certos actos processuais são efectuados com essa mesma facilidade. Como exemplo dessa situação pode-se apontar as citações e as notificações a serem realizadas. Através da comunicação electrónica, realizar uma citação ou uma notificação tornou-se uma tarefa fácil e de grande rapidez, entretanto, diminui a certeza de que a mesma foi devidamente recepcionada. Existem meios capazes de certificar tanto o envio como a recepção da citação ou notificação electrónica, dessa forma deve-se ter sempre em atenção se tais meios estão a ser usados pelas partes e especialmente pelos advogados. Esse é o cuidado que deve ser permanente e que merece uma atenção constante dos magistrados ao passar certas diligências.

Mas a atenção exigida não deve ser cobrada apenas dos magistrados, os advogados devem, da mesma forma, procurar estar sempre actualizados a fim de não ficarem prejudicados. Uma etapa de transição na qual é incorporada novas tecnologias e procedimentos requer ser sempre observada cautelosamente para garantir a eficiência da mudança implementada.

*4.4.4. DIREITO À EXECUÇÃO DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS*⁹³

Através do acesso à justiça fica garantido ao particular uma resposta judicial ao caso que fora levado para ser apreciado pelo juiz. Essa resposta deve trazer uma solução jurídica para ser aplicada ao respectivo caso e, assim, dirimir as questões levantadas. Entretanto, a simples posse dessa resposta judicial não encerra, por si só, o conflito o qual fora apreciado. Dessa forma é assegurada a execução judicial da decisão proferida no processo. Essa prerrogativa executória é também aplicável às decisões proferidas contra o próprio Estado como determina o artigo 205º, nº 2 da Constituição da República Portuguesa⁹⁴. Esse direito de ver executada a decisão judicial é considerado um direito subjectivo público na hipótese de a mesma seja uma sentença vinculativa reconhecedora de um direito. Nesse caso, devem ser

⁹³ *Ibidem*, p. 500.

⁹⁴ Constituição da República Portuguesa, artigo 205º – 2. As decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades.

reconhecidos meios compensatórios, medidas compulsórias ou acções de queixa, no caso de não execução ilegal de decisões dos tribunais⁹⁵.

4.4.5. DIREITOS PRESTACIONAIS

Os direitos assegurados pelo princípio do acesso à justiça são, além de garantísticos, prestacionais. O particular tem a prerrogativa de ver seus direitos defendidos nos tribunais, esse direito constitui uma garantia assegurada pelo acesso à justiça, porém esse mesmo princípio assegura a existência de um órgão judiciário destinado à apreciação das causas levadas a juízo. Esta última garantia é de natureza prestacional e não é a única dessa espécie encontrada no princípio do acesso à justiça. Nessa linha prestacional existem os direitos à criação de processos adequados para as causas a serem apreciadas e a presença de pessoal capaz de assegurar o ingresso à via judicial àqueles menos favorecidos. Assim, resta constatado que o princípio de acesso à justiça está presente, também, quando se exige a existência de física de um prédio específico destinado para abrigar a tramitação processual bem como as pessoas encarregadas de nele trabalhar.

4.5. ACESSO À JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

O princípio do acesso à justiça garante ao particular a protecção judicial nos casos em que haja conflito legal. Essa garantia é assegurada através dos tribunais e do ingresso na via judicial. Até ser promulgada a Lei Complementar 1/97, esse direito à protecção judicial estava restrito à esfera judicial e não abrangia o ingresso na justiça administrativa. A redacção da referida Lei Complementar abriu espaço para o ingresso na justiça administrativa a fim de obter a protecção a assegurada. A lei 15/2002, de 22/02, que criou o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, concebeu o ingresso de acções para que sejam praticados actos administrativos legalmente previstos, bem como para que sejam adoptadas medidas cautelares adequadas. O Código de Processo nos Tribunais Administrativos garante, já em seu artigo 2º, o direito à uma tutela jurisdicional efectiva, e repete neste artigo o que está assegurado pelo artigo 2º do Código de Processo Civil. No Código de Processo nos Tribunais Administrativos são também enumeradas garantias específicas asseguradas ao particular através dos tribunais

⁹⁵ *Ibidem*, p. 500-501.

administrativos. Essa enumeração reforça o direito de acesso à justiça administrativa tornando-o indubitável e concretamente assegurado.

Sendo o acesso à justiça administrativa parte do princípio do acesso à justiça, resta também garantida na justiça administrativa a existência de uma instituição destinada para a apreciação dos processos a serem julgados. Essas instituições são encarregadas de possibilitar a protecção jurídica eficaz e temporalmente adequada aos particulares.

A protecção oferecida pela justiça administrativa ampara direitos e interesses, públicos ou privados, assegurados por lei. Esse esquema condiz com a fórmula constitucional utilizada para realizar a verificação de quem pode obter uma protecção judicial. Canotilho tece o seguinte comentário sobre essa exigência:

“Saber se existe ou não um direito ou um interesse legalmente protegido depende, em termos tendenciais, da existência de uma norma material (lei, regulamento, estatuto, contrato) cujo escopo seja, ou, pelo menos, seja também, proteger os interesses dos particulares, de forma a que estes, com base nessa norma, possam recortar um poder jurídico individualizado legitimador da defesa de seus interesses contra a administração”⁹⁶.

Os direitos e interesses legalmente protegidos são amparados pela justiça administrativa contra a actuação da administração de alguma forma lesiva. Os actos administrativos estão incluídos nessa categoria podendo os mesmos serem activos ou omissivos, mas vindo a lesar direitos ou interesses. Os actos administrativos não perfazem a única maneira de actuação administrativa capaz de lesar direitos ou interesses do particular, as prescrições técnicas têm a mesma capacidade lesiva desses actos, por isso podem ser igualmente impugnadas. A protecção através da tutela jurisdicional efectiva ainda permite a impugnação de normas administrativas, como determina o artigo 268º, nº 5, da Constituição da República Portuguesa. Actualmente a doutrina e a jurisprudência estão aumentando o leque de abrangência de impugnação administrativa também para os actos legislativos. Esses actos, por sua vez, devem se tratar de verdadeiros actos administrativos sob a forma da lei, “lesivos, de modo directo e imediato, de direitos e interesses legalmente protegidos”⁹⁷.

4.6. ÓBICES NA APLICAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Sendo um princípio de aplicação essencialmente prática, o acesso à justiça encontra empecilhos em seu exercício concreto. Apesar de vários desses problemas já serem esperados

⁹⁶ *Ibidem*, p. 504.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 505.

e de serem implementadas medidas destinadas à sua solução, alguns desses problemas continuam e se apresentam como um desafio remanescente. Dentre os empecilhos enfrentados pelo acesso à justiça estão alguns que se apresentam como óbices ao desempenho de todo o Judiciário. Problemas como a demora do trâmite processual e as custas judiciais elevadas, por exemplo, reflectem no Judiciário como um todo.

Como restou afirmado, vários desafios ligados ao princípio do acesso à justiça já eram esperados de serem enfrentados. Por isso, foram elaboradas medidas com o intuito de prevenir os empecilhos gerados pelos mesmos. Apesar de tais medidas serem previamente elaboradas, a erradicação dos problemas ligados ao acesso à justiça não fora alcançada. O que se conseguiu foi uma diminuição do impacto ocasionado por esses obstáculos. Essa impossibilidade de se fazer desaparecer esses problemas pode encontrar uma explicação no facto do Direito não ser uma ciência exacta e ter de lidar com as infinitas variações sociais. Encontrar uma solução capaz de agradar a todos é uma tarefa de extrema dificuldade e raramente alcançável. No entanto, esse argumento não pode ser utilizado para justificar a existência de problemas judiciais. Pelo contrário, sabendo da dificuldade da tarefa deve-se procurar realizar um trabalho intenso e ser cada vez mais eficiente.

Em seguida serão comentados alguns dos problemas mais importantes enfrentados na aplicação do princípio do acesso à justiça. Alguns desses problemas já perduram há muito tempo e por essa razão merecem ser ultrapassados. O comodismo de ver uma situação problemática e considerá-la impossível de ser resolvida é um luxo inadmissível para o Direito, pois essa é a ciência que mostra o caminho a ser seguido em situações de conflito.

4.6.1. CUSTAS JUDICIAIS

Os serviços judiciais não são gratuitos e exigem o pagamento das chamadas custas judiciais. Em situações de pobreza comprovada da parte essas custas não são exigidas, mas essa é a excepção e necessita de prova para ser concedido tal benefício. O pagamento das custas judiciais não deveria ser apresentado como um problema a ser enfrentado, em contrapartida deveria ser uma situação normal que necessite do pagamento de uma quantia para se ter acesso a um serviço específico. Contudo não é isso que ocorre e as custas judiciais são encaradas como uma barreira a ser ultrapassada.

Quando as custas judiciais correspondem a um valor demasiado e de difícil acesso à população em geral, as mesmas dificultam e até impossibilitam o ingresso à via judicial. Por ser de um valor elevado, as grandes empresas e os indivíduos de maior poder económico

acabam por ser beneficiados tornando-se os verdadeiros usuários da justiça. Esse tipo de exclusão contraria o princípio do acesso à justiça.

O problema proporcionado pelas custas judiciais apresenta-se mais relevante nas causas de pequeno valor. Nessas causas muitas vezes o valor a ser pago em custas absorve o valor a ser obtido com o benefício almejado. Isso termina por afastar o indivíduo de pleitear em juízo o seu direito.

Buscando contornar a impossibilidade de muitos de realizar o pagamento das custas judiciais, foi criado o benefício da justiça gratuita. Esse benefício é concedido para aqueles que comprovadamente não podem arcar com os custos processuais devido a sua situação de pobreza. Essa medida possibilita que muitos indivíduos possam se utilizar da justiça e verem dirimidos seus conflitos. Apesar dessa conquista, a resolução definitiva do problema das custas judiciais ainda não fora alcançada. Quem sofre mais com o pagamento dessas custas são as pessoas de classe média. Essas pessoas não são pobres o suficiente para receberem o benefício da justiça gratuita, mas o pagamento das custas judiciais faz uma grande diferença em seu orçamento. Esse factor ainda afasta essas pessoas do ingresso na via judicial.

Com os estudos e pesquisas realizadas com o intuito de melhorar a prestação de serviços, foram realizadas várias mudanças nesse sentido. A criação de novas tecnologias vem a facilitar a execução dos serviços, em particular a tecnologia informática computacional trouxe avanços aos demais serviços, inclusive aos serviços jurídicos. Com a utilização dessa tecnologia o processo tornou-se mais célere e económico, entretanto, essa economia ainda não fora aproveitada para diminuir o problema enfrentado pela população com a cobrança de custas judiciais de valor elevado.

A utilização da tecnologia informática especialmente no ramo processual tornou o processo mais acessível e mais fácil de ser acompanhado. Todavia, esse melhoramento beneficia as mesmas pessoas que poderiam ingressar com um processo anteriores a essa implementação tecnológica. A diminuição dos gastos processuais poderia ser utilizada para reduzir as custas judiciais e proporcionar à população um maior acesso à justiça. A utilização da tecnologia informática traria, dessa forma, benefícios indirectos mas que propiciam avanços para problemas persistentes no Judiciário.

4.6.2. TRÂMITE PROCESSUAL DEMORADO

O tempo de tramitação processual sempre constituiu uma situação reclamada pela população em geral. A demora para se alcançar um veredicto final oferecendo uma solução

definitiva para uma causa afasta as pessoas da via judiciária. Esse problema é de tal importância que uma porção enorme das mudanças implementadas através dos tempos tem como objectivo tornar o trâmite processual mais célere.

A demora que leva para se alcançar o encerramento processual acontece devido a vários factores. O número acentuado de processos a serem apreciados pelos juízes é um deles. A demanda processual é crescente e isso requer dos juízes um tempo considerável para a apreciação dos processos, isso acaba por atrasar ainda mais o desfecho desses processos. Sendo essa realidade constatada não se pode deixar aumentar cada vez mais essa demora. Como forma de tornar o andamento processual mais célere, a implementação da informática computacional no processo e a desmaterialização processual foram aplicadas. Essas medidas conferem mais agilidade na execução de inúmeras diligências processuais que passam a ser executadas com uma rapidez maior. A possibilidade de disponibilizar o processo simultaneamente a todos os desembargadores sem a necessidade dos mesmos pedirem vistas individualmente é um dos benefícios trazidos pela desmaterialização processual. Essa possibilidade influi na celeridade processual, pois reduz o tempo em que o processo circula entre os magistrados.

Outro factor que contribui para uma tramitação mais demorada é a quantidade de recursos disponibilizados para se impugnar uma decisão. Após ser proferida a decisão pelo juiz de primeiro grau, cabe recurso para se questionar essa decisão, e algumas vezes cabem mais de um recurso para a mesma decisão. Isso ocasiona a espera de outro julgamento e uma nova apreciação da causa.

Reconhecendo a quantidade por vezes demasiada de recursos, e constatando a demora ocasionada pelos mesmos, o Decreto-Lei 303/2007 de 24 de Agosto excluiu o recurso de Agravo do procedimento processual. As matérias que eram argüidas nesse tipo de recurso passaram a ser examinadas através do recurso de Apelação. Dessa forma não ficou mais necessário interromper a evolução normal do processo para que seja julgado recurso sobre decisão interlocutória. Caso uma decisão desse tipo necessite ser impugnada, a parte pode fazê-lo em sede de Apelação.

No que diz respeito a agilização da tramitação dos recursos, a tecnologia informática também trouxe sua contribuição. Estando o processo desmaterializado, seu encaminhamento para a instância superior torna-se bem mais simplificado. A comunicação electrónica entre os magistrados e até mesmo entre os magistrados e os advogados permite um progresso processual mais dinâmico.

Essas mudanças, em sua maioria, tecnológicas, permitem que o processo se torne mais célere, entretanto essas implementações tecnológicas não podem ser indiscriminadas pois outras consequências são trazidas por essa modernização. Ao estar disponível em formato electrónico, aumenta a vulnerabilidade do processo pois o acesso ao mesmo torna-se mais facilitado. Dessa forma, com a incorporação desse tipo de tecnologia, emerge uma necessidade de garantir a segurança processual. Precisam ser criadas medidas preventivas e remediativas para situações indesejadas e para garantir o acesso seguro ao processo. Neste ponto em especial deve-se realizar uma análise crítica sobre essas medidas de segurança. Por vezes, ao criar condições para o acesso ao processo, uma medida que visava simplificá-lo acaba por tornando-o mais complexo e distante da população. Deve-se dosar as condições impostas e pesá-las contra os benefícios trazidos, essa tarefa requer um senso crítico acentuado mas é essencial para a evolução correcta do processo.

4.6.3. DESCONHECIMENTO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

As pessoas muitas vezes deixam de ingressar nos tribunais devido ao desconhecimento dos direitos que possuem. A desinformação ou a confusão entre as informações obtidas ocasionam esse problema. Por não conhecerem seus direitos, as pessoas deixam de reclamá-los judicialmente e permanecem com sua situação inalterada.

A falta de instrução das pessoas é um factor directamente responsável para o desconhecimento dos direitos individuais. Essa deficiência educacional é fruto de diversos factores como a desvantagem económica, a localidade geográfica e até mesmo a influência do indivíduo em seu meio social. Outras vezes o que causa a ignorância dos direitos do indivíduo é justamente o oposto do acima mencionado, ou seja, esse desconhecimento é causado pelo excesso de informação. Devido à elaboração demasiada de leis e à substituição constante da legislação antiga por normas mais recentes, acontece uma verdadeira confusão para se identificar a presença ou não de um direito em particular. A necessidade de estar actualizado sobre a legislação em vigor é uma tarefa difícil até para os juristas, para o cidadão comum essa tarefa é quase que impensável.

Devido ao desconhecimento dos direitos individuais, seja ele ocasionado por qualquer factor, os indivíduos deixam de reclamar o exercício de seus direitos, afastando-se assim da justiça.

4.6.4. LITIGANTE EVENTUAL PERANTE O HABITUAL

Após enfrentar os problemas das custas judiciais e do desconhecimento dos direitos, o indivíduo ainda sente-se intimidado perante as pessoas, físicas ou jurídicas, que já possuem o costume de transitar pela via judicial. Essas pessoas, normalmente empresas, possuem um conhecimento prático maior do trâmite processual devido a uma freqüente presença sua nos tribunais. Devido a essa habitualidade, as mesmas geralmente possuem um esquema elaborado para lidar com questões jurídicas. Com essa medida organizacional, essas pessoas apresentam uma maior agilidade processual e um conhecimento legal que pode vir a favorecer seu posicionamento. Assim, aqueles que raramente utilizam-se da justiça pressupõem que seu direito não é suficiente para vencer essas partes que figuram constantemente nos tribunais.

Como medida capaz de vencer essa dificuldade, existe a simplificação processual. Ao simplificar o processo, diminui-se a vantagem daqueles que litigam com maior freqüência. No entanto, essa simplificação não pode tornar o processo tão simples a ponto de não ser necessário nenhum conhecimento jurídico específico. Dessa maneira o processo perde a segurança que tem a obrigação de transmitir, deixando também de possuir a credibilidade necessária para sua validade.

4.7. CONCLUSÃO

Constitucionalmente assegurado e essencial para a manutenção da ordem jurídica em um Estado de Direito, o princípio do acesso à justiça aplica-se à toda a população tornando o Direito exigível por todos. Patrocinar o acesso à justiça não consiste em uma tarefa fácil, pois este princípio não compreende apenas o acesso aos tribunais ou tão só o ingresso da parte autora com um processo judicial contra outro indivíduo. Os direitos e garantias vislumbrados pelo acesso à justiça são plurais e exigem, inclusive, o exercício de outros princípios como o do devido processo legal, o do contraditório e o da ampla defesa.

O direito à uma tutela jurisdicional efetiva, o direito à uma decisão fundada no Direito, o direito à decisões executáveis dos tribunais são alguns dos direitos assegurados pelo princípio do acesso à justiça. Estando englobados por este princípio, pode-se afirmar que esses direitos mencionados, entre outros, estão constitucionalmente assegurados. Entretanto, apesar dessa determinação constitucional, a população por vezes encontra dificuldades para exercê-los. Esses empecilhos se chocam com o princípio que está a ser assegurado, ou seja, o do acesso à justiça. Melhoramentos e mudanças foram apresentados no decorrer dos tempos,

mas esse deve ser um trabalho incansável e com a difícil tarefa de acompanhar a evolução e as exigências sociais.

De forma a permanecer compatível com as demandas da modernidade, foi incorporado no mundo jurídico, inclusive na esfera processual, o uso da tecnologia informática computacional. Essa utilização tecnológica tem como um de seus objectivos tornar a justiça mais acessível para a população. Esse objectivo é bem-vindo, mas deve-se verificar sempre se o mesmo está a ser alcançado efectivamente ou se suas tentativas estão a ser infrutíferas. Esse receio é necessário pois pode-se incorrer no erro de se estar a pensar que o acesso está sendo facilitado quando, na verdade, se está a trocar umas complicações por outras. O frenesi tecnológico e o encanto com as facilidades proporcionadas pelo uso da tecnologia informática fazem com que se insista em sua aplicação a todo custo. Essa insistência deve ser afastada pois o que tem de prevalecer é uma visão crítica afastada do deslumbramento tecnológico. Entretanto, não se pode oferecer resistências conservadoras infundadas no que diz respeito à modernização tecnológica do acesso à justiça. O inaproveitamento das facilidades oferecidas pela tecnologia informática acarretaria em anti-progresso, pois, apesar dos riscos, não se pode ignorar os benefícios proporcionados por essa modernização.

As modernizações tecnológicas devem ser aproveitadas, pois as mesmas trazem benefícios para o processo judicial, no entanto essas inovações precisam ser planejadas e estudadas. A análise que deve ocorrer além de se focar na inovação em si, também deve considerar o impacto que a mesma traz para o serviço em questão, no presente caso, o serviço judicial.

Da forma como ocorreu, a implementação da tecnologia informática computacional em Portugal trouxe uma evolução e uma maior acessibilidade do processo judicial à população. O acompanhamento processual passou a ser realizado pela Internet ficando, assim, mais transparente, e a interacção do advogado com o processo ficou mais rápida no sentido que os articulados passaram a poder ser enviados via Internet e em formato electrónico. Esses são apenas alguns dos benefícios trazidos pela incorporação da tecnologia computacional no processo judicial, no entanto, mesmo com esses aspectos positivos, não se pode deixar de considerar os aspectos negativos. Esse cuidado deve permanecer para conservar protegido o processo judicial e para se precaver de riscos previsíveis.

As dificuldades da aplicação do princípio do acesso à justiça tem uma origem antiga e não se consegue apresentar uma solução definitiva sobre as mesmas. Problemas como custas judiciais elevadas, falta de conhecimento do direito individual e trâmite processual demorado representam factores que merecem um melhoramento a fim de, pelo menos, diminuir a

resistência que os mesmos oferecem para se ingressar na via judicial. O empecilho provocado por esses factores impossibilita que o princípio constitucional do acesso à justiça seja aplicado à toda a população. Esse impedimento não prejudica apenas aqueles que se vêem impossibilitados de ingressarem na via judicial, na verdade o prejuízo é sentido por toda a sociedade. Quando alguém tem seu direito ferido ou impedido de ser exercido por outra pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, aquele prejudicado deve recorrer à via judicial a fim assegurar o cumprimento de seu direito ou punir quem o desrespeitou. No entanto, caso esse indivíduo fique impedido de acessar a via judicial, seja pela necessidade do pagamento de custas judiciais elevadas, seja por desconhecer seu direito de reivindicar judicial ou administrativamente sua causa, ou pelo desencorajamento apresentado pelo tempo necessário para que um processo chegue à sua conclusão nos tribunais, seja por qualquer um desses motivos, aquele que ofendeu o direito alheio permanecerá impune. Essa impunidade incentiva o desrespeito individual e impede uma evolução social que preze o respeito mútuo dos direitos.

Esses problemas da aplicação prática do acesso à justiça são constantemente temas de debates jurídicos e são apresentadas várias propostas para ao menos amenizá-los. O acesso à justiça é um princípio de bastante complexidade prática pois envolve a garantia de direitos procedimentais e institucionais, bem como o dever de proporcionar decisões dos tribunais, executáveis e correspondentes a cada caso específico. O princípio do acesso à justiça tem de lidar ainda com as diferentes condições sociais, económicas e educacionais da população. A presença deste último factor em particular apresenta um desafio de resolução quase inalcançável, sendo este desafio o de oferecer uma solução que seja aceita por toda a população em todos os seus níveis. Sabendo da quase impossibilidade de se apresentar uma solução final para esse desafio, focalizam-se os esforços para oferecer uma solução que represente menos resistência de ser aplicada.

Como fora afirmado, a solução definitiva para esses problemas é de difícil alcance, mas as tentativas para tal deve permanecer e medidas precisam ser consideradas e testadas. A informatização processual representa uma inovação que almeja diminuir esses empecilhos. Essa inovação não representa uma solução final ou definitiva para os problemas encontrados na aplicação do princípio do acesso à justiça, mas surge como um auxílio para diminuir os desafios enfrentados no trâmite processual.

Os problemas observados pela aplicação do acesso à justiça foram, em muitos aspectos, directamente beneficiados pelo uso da tecnologia informática no processo. A desmaterialização processual e a utilização da comunicação electrónica no processo têm como

objectivo directo tornar o acesso à via judicial mais simples e o trâmite processual mais rápido. Esses objectivos dizem respeito ao acesso à justiça, mas essa modernização tecnológica pode ser aproveitada para diminuir, outras dificuldades enfrentadas por esse princípio.

A implementação da tecnologia informática no processo, especialmente a desmaterialização processual, proporciona uma redução nos gastos do trâmite processual e facilita a execução de tarefas que antes necessitavam de um tempo mais longo. Tarefas como a notificação e a citação no processo passam a ter a possibilidade de ocorrer electronicamente sem ser necessária a utilização dos serviços dos correios e o envio das mesmas em papel. A economia proporcionada por essa nova forma de execução dos serviços pode ser canalizada de forma a diminuir o valor cobrado nas custas judiciais. Esse aproveitamento ainda não ocorreu mas é uma possibilidade a ser levada em consideração e uma forma da modernização processual vir a contribuir ao acesso à justiça.

Outro factor benéfico trazido pela ampla utilização da tecnologia informática computacional diz respeito à facilitação do acesso à informação em geral. Com essa facilidade, surge uma possibilidade de se diminuir o problema do desconhecimento dos direitos individuais. Com o contacto desenfreado, através do uso da Internet, a todo tipo de informação, inclusive a jurídica, passa a ficar mais acessível o conhecimento dos direitos assegurados aos indivíduos. Esse benefício, contudo, ainda depende da iniciativa individual das pessoas e não está a ser directamente incentivado pelo Judiciário em particular. A possibilidade de reduzir o número das pessoas que não conhece seus direitos existe e pode ser usufruída, agora se aguarda a concretização da vontade necessária para se aproveitar essa oportunidade e pô-la em prática.

Esses benefícios em potencial oferecidos pela utilização da tecnologia informática e que são aproveitáveis pelo acesso à justiça devem ser usufruídos, mas sempre após um planeamento cuidadoso. A utilização da tecnologia informática traz como risco inerente à essa tecnologia a insegurança ocasionada pela ampla exposição dos dados. Esse e outros problemas precisam ser antevistos e devidamente precavidos. De outra forma, a tecnologia informática torna-se inviável para o mundo jurídico. Sua utilização deve acompanhar as necessidades da população, mas, também obedecer as necessidades jurídicas é imprescindível para tornar viável a sua aplicação. Aproveitando-se dessa maneira, o acesso à justiça é trazido mais para perto das pessoas, contribuindo para a observância dos direitos daqueles que pouco os reivindicam.

Capítulo V: DIREITO INFORMÁTICO E INFORMÁTICA JURÍDICA

5.1. RESUMO SOBRE A EVOLUÇÃO INFORMÁTICA

A evolução tecnológica, com seu papel inovador e progressivo, proporcionou o desenvolvimento e a criação de diversos mecanismos e instrumentos que vieram a facilitar a prestação dos mais variados serviços. Essas ferramentas foram elaboradas com o intuito de agilizar, simplificar e tornar mais acessível serviços, por vezes demorados, tendo em vista sua complexidade.

Esse tipo de evolução acontece desde há muitos séculos. A Revolução Industrial, por exemplo, caracterizou um período no qual trabalhos antes elaborados e complexos passaram a poder ser executados por indivíduos comuns após um treinamento básico. A invenção de máquinas que executavam o serviço de construção e junção de partes simplificou o ofício a ser executado e proporcionou um considerável aumento de produção dos mais variados itens.

Por haver simplificado as etapas do processo de produção, o tempo de realização de certos trabalhos diminuiu drasticamente. Isso ofereceu agilidade para a prestação de serviços e para a elaboração de produtos. Essa simplificação na produção e sua conseqüente economia de tempo permitiu que mais pessoas tivessem acesso a objectos e serviços os quais anteriormente lhes seriam inalcançáveis. Isso permitiu que ocorresse de uma evolução social a qual gerou conseqüências permanentes.

Desde então, o papel da tecnologia na vida das pessoas aumentou constantemente, e foi progressivamente tornando-a mais acessível. Com o decorrer do tempo as pessoas foram obtendo maquinaria capaz de realizar trabalhos anteriormente realizados manualmente. Isso aconteceu gradativamente e essas máquinas foram incorporadas até para os trabalhos domésticos. Actualmente, e desde há bastante tempo, não se consegue imaginar a vida quotidiana sem esses utensílios e máquinas.

A invenção do computador, em particular, foi responsável por uma revolução posterior à Industrial. Essa revolução permanece actual e, por ser de uma evolução constante e rápida, possui seus resultados finais ainda desconhecidos em sua plenitude. A invenção do computador trouxe consigo uma série de conseqüências. Essa máquina demonstrou-se como sendo de uma enorme utilidade e funcionalidade. A possibilidade de efectuar cálculos complexos com uma rapidez inimaginável bem como a possibilidade dessa tecnologia desempenhar certas tarefas com igual velocidade, fez com que os cientistas se dedicassem

exclusivamente ao melhoramento dessa tecnologia. Foi criado, assim, um ramo científico responsável pelo estudo dessa crescente ciência da computação.

Inicialmente, os computadores eram máquinas de grande tamanho e necessitavam de salas exclusivas para o seu depósito. Apenas grandes empresas possuíam um computador e cada computador era desenhado para efectuar uma determinada função. O espaço necessário para se armazenar um computador era enorme, tornando-se um verdadeiro empecilho acomodar essa máquina. O constante aprimoramento dessa ciência foi gradativamente eliminando essa dificuldade e tornando o computador tanto mais acessível, quanto menor em tamanho. Outra façanha ocorrida na computação foi a multi-funcionalidade do computador. Essa máquina deixou de ficar limitada a execução de apenas uma função e passou a poder acumular diversas tarefas.

Logo o computador passou a ser imprescindível nas mais variadas empresas. Sua presença tornara-se uma certeza e seu desempenho era essencial para o andamento das empresas. O computador passou a ser indispensável e dele dependia o bom funcionamento das empresas.

Cada vez mais o computador ia se tornando menor, mais eficiente e mais barato. A invasão dessa tecnologia chegou a um ponto o qual já não era mais possível ficar sem a mesma. Finalmente fora rompida a última barreira a qual mantinha o computador como um item apenas para empresas, indústrias e grandes companhias. A invenção do computador pessoal, ou *personal computer* (PC), apresentou o computador como um produto a ser utilizado por todos. A partir de então as famílias puderam usufruir de seu próprio computador para realizar trabalhos textuais e de cálculo, majoritariamente.

A outra etapa ultrapassada pelos computadores foi a financeira. Com o tempo, o computador foi se tornando mais e mais acessível, até chegar a fase em que todas as famílias o possuíam em seu lar. Para isso também ajudou sua simplificação operacional. Os cientistas preocuparam-se em tornar o computador cada vez mais fácil de ser utilizado e tornaram-no auto-explicativo.

O conhecimento necessário para se utilizar um computador corresponde a uma informação básica a qual é obtida com sua utilização prática. À medida que um indivíduo passa a utilizar o computador, essa pessoa passa a acumular conhecimentos sem muito esforço, tendo em vista a natureza auto-explicativa do computador.

As facilidades alcançadas com o uso doméstico do computador trouxeram uma agilidade ainda maior na elaboração de trabalhos e documentos escritos. O mundo académico, em especial, passou a adoptar o uso do computador em grandes proporções. O comodismo de

poder elaborar uma tese, um trabalho ou um artigo em um computador, corrigindo e formatando o respectivo trabalho antes de imprimi-lo, ocasionou uma utilização massiva dessa ferramenta.

Esse é apenas um exemplo o qual gerou a aceitação massiva e crescente dessa tecnologia.

A inundação de computadores na sociedade ocorreu rapidamente e sua evolução foi de forma igualmente veloz. O impacto ocasionado pela implementação do computador nos mais variados serviços das mais variadas esferas científicas trouxe consequências irreversíveis. Não se consegue mais imaginar a realização desses serviços sem o uso do computador.

Com toda a informação acumulada e disponível em formato electrónico, outro passo o qual fora dado foi o de estabelecer uma comunicação entre os computadores. Inicialmente isso foi possível com computadores pertencentes a uma mesma rede informática. Esse evento recebeu o nome de intranet. Entretanto, esse conceito expandiu-se e logo essa comunicação entre computadores não mais ficou restrita a máquinas interligadas por uma mesma rede. A Internet permitiu a conexão e a partilha de informações abrangendo o público em geral e todos os computadores conectados a um servidor. O advento da Internet expandiu o alcance de compartilhamento e o tornou acessível a todos os computadores, para isso era apenas necessário estar conectado a um servidor o qual actua como um intermediário, ou mediador do fluxo de partilha realizado entre os computadores. A ideia de rede ainda persiste, porém, a partir de então, essa rede tornou-se infinita e deixou de abranger apenas computadores interligados em circuito fechado.

O evento da Internet possibilita o compartilhamento simultâneo das informações e arquivos existentes em um computador com qualquer outro o qual tenha acesso à *World Wide Web*. Esse termo em inglês é utilizado para designar a rede da Internet. Através de sua leitura verifica-se a abrangência mundial do alcance dessa rede, a qual possibilita a interacção constante de todos com acesso à mesma. Com essa possibilidade de compartilhar o conhecimento, a informação passou a estar disponível de forma rápida e cómoda. Devido a essa facilidade de se comunicar com o mundo e ter acesso a informações provenientes de todas as partes, a barreira do espaço fora quebrada. A pessoa tem acesso, em sua própria residência, a descobertas, acontecimentos, dados e pesquisas provenientes de qualquer parte do planeta com uma rapidez antes impensável. Isso torna o espaço obsoleto e ultrapassável.

Outro factor a ser levado em consideração diz respeito ao tempo necessário para a divulgação de uma informação em sentido geral. Esse aspecto também foi alterado pois a possibilidade de disponibilizar informações para todo o planeta a uma velocidade

praticamente instantânea faz com que os acontecimentos sejam acompanhados em tempo real através do mundo. Isso traz consequências drásticas para a noção de tempo que antes era necessário para que as informações pudessem chegar ao alcance do público em geral.

Essa alteração dos conceitos de tempo e espaço é apontada pelo jurista Guy Mazet, como se pode ver em seguida:

“Tiempo compartido; tiempo real. La informática ha transformado nuestras concepciones del tiempo y el espacio. Hoy día, los datos son tratados e centralizados en un país para ser explotados en otro, antes de su eventual transmisión por satélite a otros estados solicitantes. Este fenómeno es ya tan considerable que ha dado lugar a neologismos tales como ‘flujo transfronterizo de datos’, suficientemente explícitos como para dar cuenta de la amplitud de este movimiento”⁹⁸.

Não demorou para que esse impacto atingisse a esfera pública e os serviços por ela prestados. A utilização da Internet nos mais variados serviços públicos permitiram que os cidadãos pudessem acompanhar o desenvolvimento de sua demanda. Esse acompanhamento serve, também, ao órgão encarregado do serviço respectivo. Isso, pois, através da utilização da comunicação electrónica, o indivíduo interessado pode ser avisado de alguma pendência ou pode até antecipar uma possível lacuna a qual necessite ser preenchida. Essa facilidade torna o serviço mais ágil e transparente para a população, alterando também a rapidez com que o serviço é prestado.

Os benefícios trazidos pela informatização dos serviços públicos foram rapidamente aproveitados e seu constante aprimoramento vem tornando-os cada vez mais eficientes. Entretanto, junto com esses benefícios vieram inúmeros riscos. Por serem frutos de uma tecnologia inovadora e de fácil acesso, os avanços proporcionados por essa tecnologia trouxeram uma grande vulnerabilidade a esses serviços. É por isso que a mesma só fora implantada após o estudo e a análise de suas consequências. Uma maneira de asseverar a segurança dos usuários também teve de ser elaborada antes de se aplicar essa tecnologia informática. Essas exigências são requisitos mínimos necessários para que seja garantida a eficiência do serviço a ser prestado, bem como para que sejam protegidas as informações das pessoas as quais utilizam o respectivo serviço.

Após ser realizado esse estudo e estar garantida a segurança e a protecção das informações disponibilizadas, requer-se atenção em relação a outro factor. Uma análise deve ser realizada sobre se a implementação dessa tecnologia informática juntamente com a utilização da Internet afecta a essência do serviço a ser prestado. Ou seja, deve-se prestar

⁹⁸ MAZET, Guy. Dimensiones internacionales de la informática jurídica documental. Informática y Derecho. Mérida, Espanha: Universidade Nacional de Educação à Distância, Centro Regional de Extremadura., Director: Valentín Carrascosa López, Tradução: Dr. Enrique Cáceres Nieto. n.º 8 (1995), p. 175.

atenção se as normas, os conceitos e os princípios estão sendo da mesma forma obedecidos. O desrespeito ou a inobservância desses factores tornam o serviço incompleto ou até mesmo nulo. Não se pode se iludir com uma facilidade aparente de uma tecnologia e esquecer os verdadeiros factores responsáveis pela eficiência do serviço. Isso, pois, esses factores são os quais asseguram e protegem os direitos dos cidadãos, sem mencionar que são eles os quais garantem, não só o acesso, mas o serviço em si.

Essa análise dos princípios os quais formam a base de um direito é essencial para que se cogite se uma alteração deve ou não ser efectuada. Essa base principiológica foi estabelecida através de anos de estudos e evoluções sociais. As diversas alterações do modo de organização da humanidade sofridas através dos anos sedimentaram conceitos e princípios. Esses, por sua vez, foram sendo garantidos a fim de preservar a ordem e o bom convívio entre as pessoas. Uma tentativa de subtrair esses princípios põe em risco a base que garante a observância do Direito e a ordem social.

Entretanto, não se pode fechar os olhos para a evolução a qual a sociedade vivencia. O progresso ocorre para que métodos antigos sejam modernizados e para que conceitos sejam incluídos a fim de proporcionar uma melhoria social.

Vários princípios devem permanecer presentes a fim de que seja assegurada a presença de certos direitos. Esses direitos são necessários para a existência de uma vida digna, correcta e justa. Todavia, esse argumento não pode ser utilizado para tornar inaproveitada uma inovação a qual traz consigo inúmeros benefícios. Caso fosse assim, haveria um verdadeiro engessamento social e todo esforço de progresso restaria frustrado. O que deve ocorrer sempre é uma cautela necessária quando se for implementar uma inovação, seguida de um constante estudo da manutenção desses conceitos e princípios. Essa vigilância proporciona a certeza do benefício acarretado pelo progresso.

No que diz respeito aos avanços tecnológicos, principalmente àqueles proporcionados pelo uso de computadores bem como a utilização da Internet, diversos sectores públicos utilizam essa facilidade. Inúmeras foram as vantagens oferecidas por essa tecnologia. Entretanto, existe uma esfera do sector público a qual resistiu à implementação da informática, especialmente à utilização da Internet. A esfera jurídica observou essas facilidades proporcionadas, no entanto, foi cautelosa em sua utilização. Primeiramente foram utilizados os computadores para então ser cogitada a incorporação da Internet no mundo jurídico.

Esse cuidado ainda é mais rigoroso no que diz respeito ao ramo processual. Uma vez que o processo lida com informações de carácter pessoal, e muitas vezes sigiloso, a protecção

dessas informações é essencial para o andamento processual. A segurança dos dados processuais deve anteceder à vontade de mudança. Essa cautela deve receber atenção elevada e precisa estar sempre sendo monitorada.

Vários cuidados foram disponibilizados com o intuito de se proporcionar um andamento processual seguro e com uma agilidade aumentada. Essa prevenção permite a utilização das inovações tecnológicas e informáticas no processo com a devida proteção dos dados presentes nos processos judiciais.

Para se ter uma noção mais aprofundada acerca dessas inovações, através dos tópicos seguintes, será realizado um estudo da incorporação informática no processo judicial, em especial no processo civil. Essa análise apresenta conceitos técnicos e um entendimento das facilidades que foram sendo gradativamente implementadas. Esse estudo ainda delimita a área que estuda a informática no Direito e aquela responsável pelo estudo da implementação da informática no Direito. De posse desse conhecimento é possível realizar uma análise crítica e fundamentada sobre as mudanças tecnológicas as quais habitam o mundo jurídico.

5.2. CONCEITO DE INFORMÁTICA

A primeira concepção de informática foi elaborada pelo russo Mikhailov que a definiu a como:

“a disciplina científica que investiga a estrutura e as propriedades (mas não o conteúdo concreto) das informações científicas, bem como as regularidades da informação científica, sua teoria, história, metodologia e organização. O objetivo da informática consiste em desenvolver métodos e meios ótimos de apresentação (registro), coleção, processamento analítico – sintético, armazenagem, recuperação e disseminação da informação científica”⁹⁹.

O conceito acima não chama a presença necessária de computadores. Assim, não restringe a informática como sendo uma disciplina que armazena informação em computadores. Isso restringiria essa disciplina e ainda causaria uma confusão com o que é tratado na ciência da computação.

Posteriormente, uma segunda conceituação foi elaborada. Esta definição posterior foi construída por Francis Scheid. Esse autor tratou da informática com um sentido mais restrito. O mesmo considerou a utilização de aparelhos computacionais para o processamento de dados. Isso aproximou essa disciplina da então conhecida “*computer science*”.

⁹⁹ GARCIA, Dinio de Santis - *Introdução à informática jurídica*. São Paulo/SP, Brasil: Editora da USP – Universidade de São Paulo, 1976, p.198.

A união dos conceitos de informática com o da ciência da computação ofereceu resistência para outros teóricos. Dois deles, Charles Berthet e Wladimir Mercoureff, chegaram a afirmar que, a confusão desses dois conceitos seria o mesmo que confundir a guerra com a balística. Essa inadequação conceitual já fora provada na prática. Empresas que pensaram que seus problemas seriam resolvidos com a aquisição de computadores viram o contrário. A obtenção de computadores corresponde à última fase de uma análise meticulosa dos problemas a serem resolvidos. Essa análise deve conter os passos os quais irão ser dados após a compra dessas máquinas. As etapas a serem obedecidas com a utilização dos computadores devem constar no estudo realizado¹⁰⁰.

O professor Dinio de Santis Garcia aponta outros conceitos sobre a disciplina da informática. Dentre essas definições destaca-se a de Dreyfus elaborada em 1962. Esse conceito considerou a informática como sendo “a ciência que se ocupa do trabalho racional, mediante máquinas automáticas, da informação tomada como suporte de conhecimentos e de comunicação nos domínios técnicos, económicos e sociais”¹⁰¹.

Outro conceito que vale ser mencionado é aquele adoptado pela Academia Francesa no ano de 1966. De acordo com esse conceito “a informática é a ciência do tratamento racional, notadamente por máquinas automáticas, da informação considerada como suporte de conhecimentos e de comunicações, nos domínios técnicos, económicos e sociais”.¹⁰²

Pode-se verificar que ambas as definições, logo acima apontadas, são bastante semelhantes. A diferença entre as mesmas está em que a definição apresentada por Dreyfus restringe a informática à utilização de máquinas automáticas. Em contrapartida, o conceito aplicado pela Academia Francesa não realiza tal restrição.

O autor Mário Giuseppe Losano possui uma definição a qual se assemelha com aquela defendida por Dreyfus. No entanto aquele autor aproxima seu conceito da “*informatio retrieval*”. Esta seria uma técnica americana a qual tem como objectivo a recuperação de dados não numéricos com o uso do computador, bem como o estudo de métodos de elaboração electrónica aplicados ao material documental¹⁰³. Este conceito entende a informática como estudo geral da documentação, assim como a introdução à elaboração electrónica. Essa abordagem estuda a parte comum a ambas as considerações, porém não possui o propósito de agregar uma à outra.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.199.

¹⁰¹ *Ibidem*, pp.199-200.

¹⁰² *Ibidem*, pp.199-200.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 200.

Devido a essa diversidade de conceitos, o termo informática é utilizado em diversas conotações. Por vezes esse termo é utilizado com uma significação muito ampla. Esse tipo de interpretação reúne toda a actividade de documentação científica, não importando se é realizada com o auxílio do computador ou não. Em oposição a esse significado, a expressão informática também é utilizada em sentido restrito. Esse entendimento vislumbra a informática com o uso exclusivo do processamento electrónico de dados. Ainda existe uma outra conotação a qual é utilizada para referida expressão. Esta última acepção é de uma dosagem mais balanceada. De acordo com a mesma, a informação é processada electronicamente, mas tendo sempre em vista uma correlação com alguma técnica documentária.

A respeito dessa variedade de conceitos, o professor brasileiro Alexandre Freire Pimentel conclui o seguinte:

“Estas diferentes conceituações designadas pela informática, acarretam, por conseguinte, uma indeterminação de seus limites, isto é, da demarcação do âmbito de sua pesquisa e de seu objeto, pois sob certo prisma, identifica-se com o de determinadas ciências que também se ocupam do tratamento da informação, mormente quando o conceito de informática em sentido amplo coincide com os manuais de documentação geral (ramo da biblioteconomia), e ainda com a ciência da informação. Um melhor detalhamento dos compartimentos informáticos será bastante valioso e ajudará a demarcação, a contento, dos respectivos contornos dos saberes que lidam com esta matéria, possibilitando aferir-se quanto à existência, ou não, de uma possível interdisciplinaridade científica pertinente à informação”¹⁰⁴.

Essa inexactidão conceitual termina por confundir onde se encontram os limites da ciência da informática. A dúvida resultante impossibilita a defesa de um ou de outro posicionamento. Por isso torna-se impossível oferecer uma definição exacta dessa ciência, restando apresentar aquelas definições aplicadas e os pontos que levam as mesmas a debate.

5.3. TELEMÁTICA

Após haver electronicamente armazenado informações, surgiu a necessidade de criar uma maneira de transportá-la. O método a ser utilizado tinha de ser seguro e com capacidade de transporte independentemente da distância. Esse empecilho da extensão do transporte de dados foi o que trouxe a solução final para o problema. A necessidade ter de levar a informação de onde a mesma era gerada para onde seria processada fez com que se cogitasse a utilização da informática combinada com os recursos de telecomunicação. Essa combinação possibilitou a interconexão à distância entre computadores e computadores, e entre

¹⁰⁴ PIMENTEL, Alexandre Freire - *O direito cibernético: Um enfoque teórico e lógico-aplicativo*. Rio de Janeiro/RJ, Brasil: Editora Renovar, 2000, p. 34.

computadores e terminais. Isso era possível com a utilização de linhas telefônicas, microondas, cabos coaxiais...¹⁰⁵

Assim foi que surgiu a disciplina da telemática. A mesma pode ser conceituada como “a técnica que trata da comunicação de dados entre equipamentos informáticos distantes uns dos outros. O conjunto desses equipamentos e meios de comunicação recebe a denominação de sistema teleinformático”.¹⁰⁶

Ao trazer o assunto da telemática para o Judiciário, o autor Walter Fanganiello Maierovitch afirmou que esse ramo do conhecimento cibernético consiste na integração de computadores distantes. Essa conexão ocorre através da rede de telefonia. Isso significa informática combinada com algo mais, no caso, rede de telecomunicação¹⁰⁷.

Com o que fora explanado, chega-se à conclusão de que, enquanto a informática trata do armazenamento de dados e informação, a telemática se encarrega do transporte dessas informações. Esses conceitos fornecem uma visão técnica daquilo que está a ser abordado no presente capítulo. É necessário ter conhecimento de suas diferenças, e estabelecer as funções compreendidas em cada uma dessas expressões. De posse dessa informação é possível visualizar as etapas a serem obedecidas no trabalho da informatização das tarefas judiciais. Da mesma forma, previne-se o acontecimento de uma possível confusão na utilização desses termos.

5.4. DIREITO INFORMÁTICO

Ao surgir inúmeras facilidades tecnológicas, e uma vez que as mesmas foram sendo utilizadas pelo mundo jurídico, essas mesmas tecnologias foram moldando-se à esta ciência. Dessa forma, apareceram aspectos particulares que necessitaram de um maior aprofundamento e até mesmo um estudo estruturado. Foi através dessa ideia que surgiu a disciplina do Direito Informático. Essa matéria trata sobre os aspectos normativos do sistema judicial em conexão com a aplicação das novas tecnologias postas em exercício. Confirmando esse conceito está o autor espanhol António-Enrique Pérez Luño que afirma o seguinte:

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 40.

¹⁰⁶ LANCHARO, E. Alcalde, FERNANDEZ, Salvador Peñuelas, LOPEZ, Miguel Garcia - *Informática básica*. São Paulo/SP, Brasil: Makron Books, traduzido por Sérgio Molina, 1996, pp. 203-204, *apud* PIMENTEL, *op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁷ MAIEROVITCH, Walter Fanganiello - Telemática no Judiciário. Revista dos Tribunais. São Paulo/SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais – RT. Vol. 673, (1991), p. 241.

“El Derecho informático o Derecho de la informática es una materia inequívocamente jurídica; conformada por el sector normativo de los sistemas jurídicos contemporáneos integrado por el conjunto de disposiciones dirigido a la regulación de las tecnologías de la información y la comunicación, es decir, la informática y la telemática”¹⁰⁸.

Isso quer dizer que o que é tratado essa disciplina jurídica abrange todos os actos os quais tratem da informática e da comunicação de dados. Esses actos correspondem, por exemplo, à sentenças proferidas que digam respeito à informática, debates os quais envolvam a transmissão de dados informáticos, as normas que dispõem sobre a informática e o controle informático. Essa matéria, por sua vez, traz um impacto directo aos outros ramos do Direito. Esse impacto pode ser observado em figuras e assuntos provenientes dessa mesma tecnologia. Exemplos desses assuntos são os contratos electrónicos, crimes que utilizam a comunicação electrónica como um meio de propagação, a protecção de informações guardadas em formato informático, a protecção da propriedade intelectual, enfim, inúmeros aspectos originários dos diferentes ramos do Direito os quais tenham que lidar com essa tecnologia informática. O autor espanhol logo acima referido continua essa lição com exemplos a serem citados. Veja-se:

“Asimismo integran el Derecho informático las sentencias de los tribunales sobre materias informáticas y las proposiciones normativas, es decir, los razonamientos de los teóricos del Derecho que tienen por objeto analizar, interpretar, exponer, sistematizar o criticar el sector normativo que disciplina la informática y la telemática. Las fuentes y estructura temática del Derecho informático afectan a las ramas del Derecho tradicionales. Así, se inscriben en el ramo del Derecho público: el problema de la regulación del flujo internacional de datos informatizados, que interesa al Derecho internacional público, la libertad informática, o defensa de las libertades frente a eventuales agresiones perpetradas por la tecnología de la información y la comunicación, objeto de especial atención por parte del Derecho constitucional y administrativo; o los delitos informáticos que tienden a configurar un ámbito propio en el Derecho penal actual. Mientras que inciden directamente en el Derecho privado cuestiones tales como: los contratos informáticos, que pueden afectar lo mismo al *hardware* que al *software*, dando lugar a una rica tipología negocial en la que pueden distinguirse contratos de compraventa, alquiler, *leasing*, copropiedad, multipropiedad, mantenimiento y servicios; así como los distintos sistemas de protección jurídica para los programas del ordenador (*software*) temas que innovan los objetos tradicionales de los Derechos civil y mercantil”¹⁰⁹.

A exemplificação acima realizada demonstra a abrangência da disciplina do direito informático. Sua presença está em todos os ramos do Direito. Devido a constante e crescente participação dos computadores na vida dos indivíduos, bem como nas relações sociais e negociais das pessoas, o direito informático acaba por adentrar as diversas esferas jurídicas.

Com toda essa ramificação e influência nos diversos galhos da árvore do Direito, surgiu um debate sobre a disciplina do direito informático. Nesse debate discute-se se essa espécie do direito não seria um assunto específico de cada ramo jurídico, ou se é mesmo uma disciplina isolada. Estava sendo verificado se as normas as quais tratam do direito informático

¹⁰⁸ LUÑO, António-Enrique Pérez - *Manual de informática y Derecho*. 1ª edição. Barcelona, Espanha: Editora Ariel S.A., 1996, p. 18.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 18.

têm mesmo como matéria um único objecto. Esse objecto deve, por sua vez, ser bem delimitado e com uma metodologia própria, a qual seria destinada a uma disciplina jurídica autónoma.

Verificou-se, assim, que apesar de estar presente em diversas temáticas, um factor comum e necessário para a regulamentação das diversas situações era a existência da tecnologia informática. A presença desse factor é, não só um ponto em comum, mas um requisito a ser considerado. Dessa forma, fica demonstrada a presença de um assunto o qual une a temática tratada dentro da esfera do direito informático. Essa órbita temática única caracteriza a aparição de uma disciplina jurídica individual. Deixa de se verificar casos peculiares, apenas coincidentemente conectados por um mesmo assunto a serem debatidos dentro de cada ramo jurídico. Fica, em contrapartida, evidente a presença de um elemento o qual traz consigo considerações inescapáveis e que estruturam o pensamento.

O autor António-Enrique Pérez Luño realiza a seguinte comparação ao afirmar da existência da disciplina do direito informático:

“El Derecho de la informática posee idénticos títulos científicos para constituirse en disciplina autónoma como antes lo tuvieron otras materias jurídicas novedosas como, por ejemplo, el Derecho aeronáutico, el Derecho espacial, el Derecho comunitario...”¹¹⁰.

Através dos dados práticos e factuais acima transcritos, verifica-se que a existência da disciplina do direito da informática não afronta os outros ramos do Direito. Sua criação, na verdade, lhe fornece a importância necessária para que sejam estudados e regulamentados os avanços tecnológicos os quais incorporam o quotidiano de toda a sociedade. Essa iniciativa previne uma possível ruptura doutrinária quando, em um futuro próximo, fosse considerado imprescindível a criação dessa disciplina isolada.

5.4.1. OBJECTO DO DIREITO INFORMÁTICO

Ao analisar a disciplina do direito informático, pode-se identificar o objecto delimitado o qual será o núcleo do estudo analisado. Esse objecto corresponde à tecnologia dos computadores, e essa tecnologia apresenta implicações sociais, políticas, económicas, trabalhistas e culturais. Toda essa abrangência reclama do Direito um posicionamento e a regulamentação das relações que empregam a utilização da informática.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 19.

A evolução tecnológica tratou de impingir a utilização do computador e da informática em praticamente todos os aspectos das relações humanas. Essa situação é irreversível e tende sempre a aumentar sua abrangência. Junto com a utilização dessa tecnologia nova surgiram, também, novas situações directamente derivadas da utilização da informática. Muitas dessas situações, por serem inéditas, reclamaram uma regulamentação específica a fim de garantir a segurança daqueles envolvidos nessas situações. Essa reivindicação legal foi direccionada ao Direito, uma vez que esta ciência é a responsável pela organização da vida social. Ficou a ser necessário, assim, um corpo normativo adequado, capaz de responder às necessidades crescentes daqueles que, através da informática, envolvem-se em situações sem previsão legal específica.

A fim de suprir essa demanda foi criado o direito da informática. O estudo desse direito estabeleceu que a informática é o objecto imediato dessa espécie do direito. Por sua vez, o objecto mediato seria a própria informação¹¹¹. Indicou-se que a informação constitui um bem imaterial. Seria, esta, a matéria-prima necessária previamente para que sejam realizadas as mais variadas relações. A informação desdobra-se em dois momentos: um primeiro, responsável a dar significado e forma a uma determinada mensagem; e um segundo que se dirige a sua transmissão¹¹².

Uma visão jurídica da informação distingue seu objecto, seu conteúdo, o sujeito que a produz, e seu destinatário. Dessa forma, tendo em consideração seu objecto, verifica-se uma relação de posse e possuidor. Isso se torna possível, pois foi estabelecido que a informação é produzida por quem lhe deu forma e expressão. A partir dessa premissa identifica-se o possuidor da informação sendo esta considerada como um direito real. Admitindo-se essa conclusão, verifica-se que a informação pode ser objecto de aluguer, transporte, transferência, compra, venda... Passam a existir direitos sobre a informação que será regida pelas normas existentes no direito privado tendo em vista sua característica real para o Direito.

Ao levar em consideração os destinatários da informação, o foco cai sobre a comunicação. Resta constituída uma relação entre o emissor e o receptor da informação. Daí surge algumas indagações jurídicas tais como: Quem tem a posição dominante na dita relação? Pode, quem detém a informação, retê-la em vez de comunicá-la? O destinatário potencial da informação pode reivindicá-la alegando o direito humano ao conhecimento? Aparecem, assim, problemas os quais estão mais ligados ao direito público. Essas questões

¹¹¹ *Ibidem*, p. 19.

¹¹² *Ibidem*, p. 19

geram um debate acerca do direito à informação, e pode entrar em conflito com o direito sobre a informação¹¹³.

Com as considerações aqui expostas, constata-se que os direitos daqueles que desenvolveram um programa informático, ou seja, um *software*, recaem no campo dos direitos sobre a informação. De forma contrária, a matéria referente ao fluxo internacional de dados, a protecção de dados de carácter pessoal e a liberdade frente a informática ficaria incluído no direito à informação. Ambos esses sectores constituem o objecto geral do direito da informática¹¹⁴.

5.4.2. METODOLOGIA ESPECÍFICA DO DIREITO INFORMÁTICO

A tecnologia informática encontra-se em constante evolução. E essa tecnologia aumenta sua influência na sociedade com constância crescente. Isso torna necessária a existência de uma metodologia específica dentro do direito da informática para que essa matéria seja abordada de forma adequada. A internalização de determinados conceitos, como o de informática e o da telemática, é essencial para que assuntos específicos sejam tratados com exactidão e eficácia.

A disciplina do direito da informática terá que se adaptar às constantes modificações frutos da permanente evolução tecnológica. Para ajustar-se melhor a essa situação, o autor António-Enrique Pérez Luño sugere que essa disciplina utilize uma técnica legislativa baseada em cláusulas ou princípios gerais¹¹⁵. Assim, a regulamentação, baseada em regras gerais relativamente maleáveis, evita ter que estar em constante alteração. Isso também permite que os órgãos encarregados de sua aplicação o façam adaptando esses princípios às situações que sucessivamente lhes são apresentadas.

Outro aspecto a ser considerado diz respeito à influência das normas elaboradas dentro do direito da informática.

Uma vez que não há dificuldade em transpor as fronteiras nacionais de um país para outro com a utilização da informática e da telemática, as regras as quais tratam desse assunto devem possuir um cunho internacional. Sendo assim, as regras a serem elaboradas têm de

¹¹³ CATALA, Pierre. Ebauche d'une théorie juridique de l'information. In *Informatica e Diritto*. Firenze, Itália. Vol. 09, nº 01 (1983), pp. 15-32, *apud* LUÑO, *op. cit.*, p. 20.

¹¹⁴ LUÑO, *op. cit.*, p. 20.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 20.

possuir valores e conceitos comuns à ordem social internacional a fim de que sua aplicação ofereça coerência em diferentes Estados.

Uma característica do direito da informática a ser vislumbrada diz respeito à dicotomia entre o Direito público e o Direito privado. Já fora apontado que há aspectos dessa nova disciplina que possuem relevância pública e outros com importância na esfera privada.

Essa interdisciplinaridade corresponde a uma característica presente nessa disciplina do direito da informática¹¹⁶. Isso não implica afirmar que essa disciplina possua normas espalhadas em diferentes ramos da ciência jurídica. Deve-se, no entanto, construir uma metodologia própria a qual trate de um objecto específico e bem delimitado. Através desse método, o facto de sua relevância normativa vir a ser pública ou privada será visto secundariamente. Assim sendo, ao se observar a norma, ficará constatado que o núcleo da mesma diz respeito ao objecto estudado no direito da informática.

Apesar de se haver chegado à conclusão logo acima explicitada, ainda persiste uma resistência em aplicá-la. Essa resistência é proveniente de uma insistência em enxergar a informação como uma propriedade. Sendo a informação o objecto mediato do direito da informática, permanece uma vontade de estudá-la apenas observando os contornos de sua posse.

Ao tratar a informação com uma visão tão estreita e limitada, ocorre um desvio de sua verdadeira importância. A abrangência e a influência da informação vão além desse tratamento de posse. A informação tem relevância, cultural, artística, histórica, e até mesmo ambiental. Os interesses despertados são de cunho colectivo e difuso, por isso não podem estar limitados apenas a quem a trate como propriedade.

Ao constatar essa conclusão, verifica-se a necessidade de rejeitar essa visão estrita à posse. Entretanto, essa visão não deve ser descartada, mas sim estudada e aprofundada. Sua consideração é útil para vários aspectos da disciplina do direito informático, apenas não deve ser apresentada como exclusiva para essa disciplina de abrangência tão acentuada.

5.4.3. A IMPORTÂNCIA DA DOCTRINA PARA AS FONTES DO DIREITO INFORMÁTICO

No que diz respeito à produção de material que vem servir de fontes de estudo do Direito informático, os países mais desenvolvidos iniciaram o ensino do direito da informática

¹¹⁶ LINANT DE BELLEFONDS, Xavier - Introducción al vol. col. *Emergence du droit de l'informatique*. Actas de las Segundas Jornadas de Derecho de la Informática de Nanterre, 11 y 12 de mayo de 1982. Paris, França: Editions des Parques (1983), pp.14-15, *apud* LUÑO, *op. cit.*, p. 20.

em suas universidades, e com isso foram cumulativa e progressivamente somando leis, doutrina e jurisprudência sobre esse tema. Foram também incentivados colóquios, congressos e seminários sobre esse assunto. Isso motivou seu estudo e aprofundamento, contribuindo, assim, para o seu desenvolvimento.

Das fontes relativas a essa nova disciplina do Direito, a doutrina, em particular, exerce uma grande relevância no aprimoramento da mesma. Através da produção doutrinária, lacunas podem ser preenchidas. As obras doutrinárias auxiliam o trabalho de fundamentação legal e decisional, propiciam uma análise crítica sobre o tema, e fornecem uma base acadêmica para a compilação jurisprudencial. Com o acúmulo de obras doutrinárias sobre o direito da informática, lhe é conferido um carácter técnico-científico próprio, organizando as demais fontes já existentes sobre esse tema. Essa organização é necessária, caso contrário corre-se o risco de se ver dispersas essas fontes que foram ficando cada vez mais esparsas.

5.5. DIREITO PÚBLICO INFORMÁTICO

Os serviços em geral passaram a implementar a tecnologia informática computacional em suas prestações. Da mesma forma os serviços oferecidos pela Administração Pública estão igualmente afectados pela informática. A prestação desses serviços utiliza a tecnologia informática de tal maneira que a torna imprescindível para os mesmos. Essa utilização tecnológica veio a facilitar e a oferecer uma rapidez aos serviços que requeriam um tempo mais elevado para o seu cumprimento. Ao conseguir efectuar esse trabalho simplificado, o Estado pôde dividir seu enfoque em relações sociais emergentes e crescentes. Isso favorece a manutenção e o patrocínio do bem-estar social, que precisa sempre da atenção administrativa. A rapidez e a agilidade proporcionadas pela utilização da informática nos serviços prestados pelo Estado permitem que seja fornecida a atenção requisitada em outras áreas.

Mesmo assim, essa utilização da tecnologia informática deve acontecer juntamente com um planeamento adequado e eficiente. O autor espanhol António-Enrique Pérez Luño aponta duas motivações as quais ilustram essa necessidade de planejar conscientemente essa implementação. Veja-se:

“La primera hace referencia a la crucial significación que reviste la Administración en el plano del proceso general de informatización del Estado y de la sociedad. En este punto conviene tener presente que la respuesta que se avance a los problemas suscitados por la informatización administrativa gravita sobre la propia independencia nacional, así como la libertad de las relaciones sociales. [...] Por ello, una apropiada informatización del aparato administrativo influye, de forma inmediata, en la orientación y avance de la situación industrial del sector, con las consiguientes repercusiones económicas y

profesionales, incide en las pautas de la investigación científica y puede contribuir a la promoción de modelos equilibrados de organización y desarrollo social”¹¹⁷.

Este autor continua sua lição e aponta outra motivação:

“La segunda se refiere, de modo específico, a las propias condiciones internas de la Administración Pública, para la cual el uso de las nuevas tecnologías, junto a numerosas implicaciones políticas, jurídicas y técnicas supone la posibilidad de una reorganización de sus cauces operativos ampliando sus posibilidades de eficacia y participación. Estos objetivos sólo pueden lograrse mediante un exacto planteamiento del fenómeno. Esta tarea reviste hoy especial urgencia ante las disfunciones observadas en determinadas experiencias de automatización administrativas, así como por el nuevo reto que en esta esfera suponen la microelectrónica y la telemática”¹¹⁸.

Os argumentos apontados pelo autor espanhol acima transcrito servem de orientação e demonstram a importância da realização de um planeamento consciente no que diz respeito à aplicação e difusão da tecnologia informática nos serviços da Administração Pública. Sem essa esquematização necessária, os efeitos negativos produzidos se tornam de difícil reparação. Por isso, ao se considerar a implementação da tecnologia informática, as hipóteses que acarretam complicações e problemas devem ser antevistas a fim de garantir o acesso a maneiras eficazes de reagir contra as mesmas. Integrantes do planeamento necessário estão instrumentos e procedimentos destinados à resolução de problemas, criados a fim de garantir o bom andamento Estatal e a eficiência do serviço público.

5.6. INFORMÁTICA JURÍDICA

Encarregada de estudar o emprego do computador e da informática no mundo jurídico está a informática jurídica. Nessa disciplina é realizada uma análise da tecnologia em congruência com o conhecimento jurídico. Seu estudo determina como deve ser utilizada a tecnologia informática em favor do Direito. O autor António-Enrique Pérez Luño caracteriza especificamente o objecto estudado nessa disciplina:

“La informática jurídica estudia el tratamiento automatizado de: las fuentes de conocimiento jurídico, a través de los sistemas de documentación legislativa, jurisprudencial y doctrinal, (*Informática jurídica documental*); las fuentes de producción jurídica, a través de la elaboración informática de los factores lógico-formales que concurren en el proceso legislativo e en la decisión judicial (*Informática jurídica decisional*); y los procesos de organización de la infraestructura o medios instrumentales con los que se gestiona el Derecho (*Informática jurídica de gestión*)”¹¹⁹.

¹¹⁷ LUÑO, *op. cit.*, p. 84.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 84.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 22.

Assim, a informática jurídica desdobra-se em três sub-tópicos: a informática jurídica documental, a informática jurídica decisional e a informática jurídica de gestão. Cada um desses tópicos trata de características diferentes do emprego da tecnologia informática no Direito. Não obstante, os mesmos são estudados em uma mesma disciplina pois dizem respeito a um mesmo objecto, qual seja a utilização da informática no Direito.

Em seguida serão abordados individualmente esses referidos tópicos a fim de que se tenha uma noção de seu conteúdo e de suas respectivas competências.

5.6.1. INFORMÁTICA JURÍDICA DOCUMENTAL

A organização das fontes do Direito com o uso da informática é devidamente estudada na informática jurídica documental. Ou seja, a análise do imprescindível trabalho de organização das leis, doutrina e jurisprudência com o uso da tecnologia informática é realizado no tópico específico da informática jurídica documental.

É indispensável um acesso adequado às fontes jurídicas pelos profissionais do Direito. Esse acesso é realizado, na grande maioria das vezes, através dos meios informáticos. Isso torna necessária uma organização adequada e acessível dessas fontes para suprir essa necessidade essencial de todos os juristas.

Outro factor que grita por essa organização tecnológica das fontes jurídicas é a crescente e cumulativa produção legal. O autor António-Enrique Pérez Luño constata essa produção legal demasiada, e aponta o trabalho quase impossível de se conhecer todas as alterações realizadas quando diz que:

“La inflación normativa es sin resquicio de duda uno de los fenómenos característicos de las sociedades tecnológicamente avanzadas del presente. Esa situación se ha visto acompañada del grave menoscabo de la propia estructura formal de las normas legales. La certeza del Derecho, en cuanto posibilidad real de sus destinatarios de conocer y cumplir sus prescripciones, se ha resentido del aluvión normativo y de su continua modificación, pero en grado no menor de la prolijidad, complejidad y equivocidad del lenguaje en el que son expresadas las disposiciones legales. En esas circunstancias non sólo los ciudadanos, sino incluso el mismo legislador y los juristas – funcionarios administrativos, jueces o abogados – tienen graves dificultades para conocer y aplicar el Derecho”¹²⁰.

Este autor conclui seu pensamento afirmando o seguinte:

“El flujo incesante de leyes y decisiones jurisprudenciales, cuyo exacto y puntual conocimiento es imprescindible para el funcionamiento correcto del sistema jurídico, hace materialmente imposible su discernimiento, interpretación y aplicación por los propios magistrados. El valor de la seguridad jurídica se resquebraja por el menoscabo del ordenamiento jurídico, muchas de cuyas normas permanecen inoperantes por falta de información de los propios Tribunales”¹²¹.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 93.

¹²¹ *Ibidem*, p. 93.

Ao ter que enfrentar esse problema de excesso de leis, doutrina e jurisprudência, busca-se uma maneira de organizar essa documentação a fim de torná-la acessível e conhecida. Para isso, a informática mostra-se como o instrumento mais eficiente para resolver esses problemas jurídicos. Essa crise de informação e documentação é vivenciada por todos os países que possuem uma sociedade tecnologicamente avançada. O fluxo de dados desses países aumenta vertiginosamente e torna-se preciso ter conhecimento dessa informação. Para isso é necessário que se utilize um meio compatível àquele utilizado na disseminação de dados. Com o emprego da tecnologia informática no Direito, é fornecido aos juízes e aos advogados meios proporcionais aos que são utilizados para distribuir informação. Isso oferece um maior equilíbrio aos juristas, permitindo que os mesmos actuem com a igualdade reivindicada.

No mesmo momento em que a tecnologia é utilizada para organizar as fontes do Direito, ela termina por produzir uma demanda sempre maior dessas fontes. Ao tornar acessível um maior número de decisões, jurisprudências e leis, incluindo ainda as de cunho internacional, fica imprescindível o conhecimento desse material. Esse conhecimento tornou-se necessário tendo em vista sua fácil acessibilidade que antes era difícil ou até inviável. Para actuar no mundo jurídico um requisito quase que intrínseco para que isso seja possível é a obtenção de um meio de acesso à essa informação. Devido a sua fácil acessibilidade, a transparência do procedimento legal e judicial tornou-se um acto de simples verificação. Isso exige do profissional do Direito não só uma perícia competente, mas o coloca em uma constante observação por quem antes não teria essa opção.

Essa vigília a que está submetida o profissional do Direito não diminuiu a produção normativa e doutrinária no Direito. Pelo contrário, o número de normas produzidas aumenta vertiginosamente. Esse número é tão grande que existem leis as quais caem no esquecimento devido ao seu desuso. Esse número crescente de documentos legais torna impossível de se ficar a par de todas as inovações legais. Para combater essa situação faz-se necessário a utilização de meios informáticos de armazenamento e organização legal e doutrinário. O estudioso António-Enrique Pérez Luño expõe esse entendimento em sua obra:

“La crisis de información y documentación en el Derecho de las sociedades tecnológicamente avanzadas, producida por la avalancha de legislación, jurisprudencia y doctrina, sólo puede ser, a su vez, contrarrestada poniendo en juego medios proporcionados, o sea, a través del adecuado empleo de la tecnología informática y los sistemas de teledocumentación”¹²².

¹²² *Ibidem*, p. 23.

Entretanto, ao utilizar a tecnologia informática para armazenar fontes do Direito, alguns riscos têm de ser considerados. A armazenagem de dados traz inquestionáveis benefícios para o Direito, porém, a prevenção de certos riscos oferece uma melhor preparação para usufruir dessa tecnologia.

Um risco o qual se deve ter em mente trata da qualidade dos dados a serem armazenados. Esse controlo garante a veracidade e a objectividade da informação guardada. Sem esse cuidado, a facilidade de ter armazenadas e organizadas as fontes do Direito torna-se, na verdade, um prejuízo informativo. Sem essa garantia de qualidade das informações pesquisadas, a tecnologia informática serve como uma fonte de desinformação jurídica. Diante disso, o jurista termina por não confiar nos dados informáticos.

Esse controlo de qualidade informativa deve ser carregado também para o exercício de actualização dos dados armazenados. Sem essa vigilância, a confiança nesses dados é posta em risco.

Ao armazenar informações jurídicas, o cuidado com sua segurança precisa ser efectivamente planeado. O fácil acesso aos dados armazenados os põe em uma situação vulnerável. Assim, medidas de segurança são tomadas a fim de se manter a integridade dessas informações. São bastante presentes e concretos os riscos das informações armazenadas serem destruídas, canceladas ou alteradas. Esse risco existe para os dados de forma geral que são guardados através da tecnologia informática. No entanto, no que concerne à informação jurídica, o cuidado dispendido na segurança de sua armazenagem tem de ser mais reforçado. As informações jurídicas possuem uma relevância transcendental, ou seja, vão além de seu âmbito jurídico. Essas informações carregam importância política, económica, social e cultural. Isso exige uma atenção redobrada, pois uma interpretação errónea de alguma informação jurídica traz consequências de impacto geral.

Esse cuidado, no entanto, não pode afastar a utilização da informática no Direito. Apenas chama para uma atenção e zelo necessários para a informação armazenada. A utilização da tecnologia informática no Direito deixou de ser um capricho ou até uma opção facultativa e passou a ser uma exigência. Diante da situação a qual se apresenta para os profissionais jurídicos, a possibilidade de ter acesso à informação necessária para seu labor ocorre apenas com o uso desse tipo de tecnologia. Ou seja, o meio de ver organizada e acessível as informações jurídicas constantemente actualizadas é através da utilização da informática. Caso contrário essa informação estaria dispersa ou concentrada nas mãos de uma pequena minoria. Se essa for a hipótese, estar-se-ia a contribuir para uma regressão do

Direito. Isso origina um atraso na ciência a qual deve garantir a ordem social, principalmente nos momentos de mudança.

5.6.2. INFORMÁTICA JURÍDICA DE GESTÃO

A informática no Direito é utilizada para armazenar e organizar leis, jurisprudência e doutrina, porém não só. O uso da informática para facilitar tarefas comuns do dia-a-dia jurídico talvez tenha ocorrido antes de seu emprego na armazenagem de dados. As funções desempenhadas no quotidiano do jurista e que correspondem mais a actividades de escritório são conhecidas como informática de gestão, ofimática ou burótica. Esses termos são derivados da expressão inglesa *Office Automation*.

Esse ramo informático tem evoluído bastante no decorrer dos anos. A informática jurídica de gestão representa uma boa parcela das actividades desempenhadas pelos profissionais do Direito. Sua presença já se encontra enraizada nos procedimentos judiciais, administrativos e legais de uma maneira imprescindível para os mesmos.

Essas tarefas correspondem a actividades as quais empreguem um suporte informático ou telemático para realizar as mais variadas operações. Operações tais como receber e transmitir comunicações de qualquer tipo, ler e escrever textos; formar, actualizar e organizar arquivos; exigir e receber pagamento; estipular condições e controlar seu cumprimento¹²³.

O desenvolvimento da informática jurídica de gestão permite automatizar tarefas as quais obedecem um padrão inalterado. Torna-se possível realizar a transcrição de um depoimento ou de uma audiência e depois enviá-lo, através da comunicação electrónica, a outro departamento, ou até ao próprio magistrado. As operações contábeis ganham mais dinâmica e rapidez. A disponibilização de certidões é realizada com maior facilidade. A comunicação entre magistrados e advogados, ou até mesmo entre os próprios magistrados é efectuada electronicamente. Isso contribui para a rapidez e economia de custos do desenvolvimento processual.

Essa aplicação da informática jurídica de gestão é comentada pelo autor António-Enrique Pérez Luño. Esse autor aponta os benefícios que essa tecnologia trouxe para o procedimento judicial. É afirmado que, em decorrência da aplicação dessa tecnologia, o andamento processual se tornou mais célere e uniforme. Da mesma forma, o magistrado pode agora se dedicar mais a actividades as quais requeiram uma maior concentração. Veja-se:

¹²³ *Ibidem*, p. 23.

“Los avances de la Ofimática permiten ya, en lo que atañe a los Tribunales de Justicia, automatizar la gestión de todas aquellas operaciones estandarizadas y que obedecen a pautas regulares y constantes en la escritura, el registro, la transcripción, la contabilidad, la documentación, la comunicación y la certificación. Gracias a la gestión automatizada de la oficina judicial se tienden a lograr resultados más uniformes, imparciales, transparentes, rápidos e económicos. Los empleados del juzgado, empezando por el juez, podrán dedicarse así, de manera exclusiva, a labores que exijan la actividad creadora, o que precisen de la iniciativa personal o deban ser decididos ‘caso por caso’”¹²⁴.

Com a aplicação da tecnologia informática em certos procedimentos jurídicos, ocorre uma progressão natural sobre evolução desse conceito. Ao trazer benefícios para o andamento processual com uma aplicação pontual, procura-se expandir essa actuação. O objectivo evolucionar seguinte procura implementar a informatização em todo o processo judicial. Ou seja, incorporar ao processo judicial por inteiro a informatização de seus elementos.

Ao projectar essa ideia, surgiram algumas críticas as quais ofereceram resistência. Ao pensar em ter todo o processo disponibilizado em formato electrónico, constatou-se que todos os actos seriam transcritos para torná-los acessíveis. Assim, todo o pronunciamento oral e todas as acções tomadas no decorrer do processo seriam transcritas e disponíveis para consulta. No entanto, apesar de serem fielmente transcritas, estariam de fora os gestos, atitudes e manifestações impossíveis de serem transcritas. Essas pequenas manifestações oferecem um entendimento diverso àquele obtido através de uma simples leitura. Ao visualizar as reacções das partes ou testemunhas, também é possível identificar factores que corroboram ou vão de encontro ao que é dito. Devido a essa lacuna vivenciada, resistiu-se bastante para implementar a informática no processo judicial.

Todavia, contando com a rápida evolução tecnológica, esses factores que ofereciam resistência foram vencidos. Com a utilização de computadores dotados de tecnologia multimédia, a deficiência visual deixou de existir. É possível gravar, em ficheiro de vídeo, o depoimento das partes e das testemunhas, podendo ser analisado posteriormente. Pode-se, da mesma forma, tomar um depoimento, ou até mesmo realizar uma audiência em tempo real, com a parte situada no presídio, por exemplo. A tecnologia permite o envio de dados em tempo real, e dessa forma a audiência de instrução e julgamento ocorre de maneira simultânea para as partes mesmo estando estas em outra localidade.

Ao implementar essa tecnologia, surge uma demanda técnica para se operar os computadores e os programas. Mas essa demanda, nesse caso, não precisa significar a contratação de mais pessoal, a mesma pode ser suprida pelos próprios funcionários do

¹²⁴ *Ibidem*, p. 94.

Judiciário. A fim de satisfazer essa emergente demanda, esses mesmos funcionários deixariam de ser apenas escreventes e passam a acumular a função de técnico e operador de informática.

Apesar de haverem sido ultrapassadas as dificuldades iniciais, certos países ainda apresentam críticas sobre alguns factores da informatização processual. Na Alemanha as objecções ocorrem em maior parte sobre o carácter único e irrepetível que os casos jurídicos possuem. Ou seja, teme-se que os casos jurídicos sejam examinados levando-se em consideração o mesmo padrão de casos semelhantes. Isso vai de encontro ao conceito de que cada caso é único, e todas as suas particularidades devem ser examinadas. Receia-se um tratamento processual em massa, o que não obedece as especificidades de cada caso. Os juristas alemães defendem a ideia de que as partes buscam o magistrado para lhe apresentar problemas individualizados. Com isso em vista, essas partes buscam uma resposta também individualizada.

Em oposição a esse argumento, afirma-se que a padronização e despersonalização no tratamento e julgamento dos casos jurídicos não ocorrem por causa do computador. É defendido que isso é fruto da modernização e padronização das próprias relações sociais. Uma vez que as relações sociais e económicas estão a acontecer em massa, o Direito deve responder apropriadamente a esse fenómeno. Esse tipo de tratamento garante a igualdade, e ainda proporciona uma maior eficácia e celeridade nas decisões.

Aqueles que defendem a informatização jurídica afirmam que a mesma não elimina a relação pessoal do advogado com o cliente. O que ocorre é uma substituição entre procedimentos anteriormente realizados através de formulários. Alega-se que esses procedimentos já carregavam uma impessoalidade com eles. Com a aplicação tecnológica apenas fora utilizado um método mais rápido e eficaz.

A defesa à difusão informática processual vai mais além do que à sua aplicação a procedimentos padronizados. As argumentações a seu favor vislumbram uma implementação informática a todo o processo. Isso ocorreria não só com o procedimento, mas também em substituição aos juízes. Defende-se que seria melhor confiar o processo a computadores efectivamente programados do que ao agente humano do juiz. Entretanto, isso não elimina de vez o contacto pessoal no processo, o andamento processual seria supervisionado a fim de assegurar a presença de certos direitos e garantias. Ocorrendo dessa forma, ou seja, sendo a causa julgada por um computador, fica eliminada a possibilidade da causa ser apreciada por um juiz despreparado. Quem é dessa corrente de pensamento afirma que esse fenómeno está a acontecer muito frequentemente tendo em vista da massificação dos casos jurídicos.

Entretanto, mesmo quem argumenta à favor da informatização processual, se apresenta contrário ao fenómeno das sentenças em massa. Entende-se que os casos devem ser apreciados individualmente. Uma sentença em massa promulgada vai de encontro à verdadeira essência do processo. Sendo essas sentenças elaboradas por máquinas ou por juízes, ao ignorar as particularidades individuais de cada caso, se está a ignorar o Direito particular do indivíduo.

5.6.3. INFORMÁTICA JURÍDICA DECISIONAL

A automatização processual ocorreu também na etapa decisional, ou seja, no momento em que os magistrados elaboram uma decisão. Essa facilidade é estudada na informática jurídica decisional. Neste tópico a informática não é apenas utilizada para se ter acesso a documentos ou para realizar actividades padronizadas, mas sim utilizada para obter sentenças e despachos de forma automática.

A fim de pôr em prática essa ideia, encontra-se em fase de desenvolvimento estudos no sector da inteligência artificial e sistemas espertos. Esses sectores são responsáveis pela elaboração de programas capazes de realizar informaticamente actividades as quais, de outra forma, são frutos da inteligência humana. As operações que se utilizam da inteligência artificial levam em consideração uma série de aspectos, tais como sons, cores, movimento, e até a linguagem natural. Devido a essa gama de factores a ser considerada, torna-se necessário realizar uma especificação mais particular daquilo que deve ou não ser ponderado. Caso contrário, a sua eficiência estaria incerta e sua avaliação seria um tanto dúbia.

Uma resistência que ocorre contra a aplicação desse tipo de tecnologia diz respeito à troca da inteligência humana por aquela de uma máquina. Sendo a inteligência uma característica humana, o facto de uma máquina substituir uma pessoa em uma tarefa a qual necessite do raciocínio intelectual traz consigo uma séria polémica. Daí que um sector dentro da inteligência artificial o qual vem sendo cada vez mais pesquisado é aquele dos sistemas espertos. Através dos programas construídos nesse sector são incorporados de forma prática e operativa o conhecimento que uma pessoa especializada possui. Esse tipo de programa é desenhado pelo próprio especialista pois assim já ficam determinados, pelo especialista, os passos a serem seguidos, bem como o procedimento a ser considerado.

Programas capazes de oferecer um resultado alcançado normalmente pela inteligência humana já são utilizados em diversos ramos. Existem programas específicos para realizar desenhos artísticos ou arquitectónicos, programas que encontram eficientemente jazidas

minerais a serem exploradas, e até programas capazes de fornecer um diagnóstico médico. No mundo jurídico há uma série de programas espertos os quais foram sendo gradativamente implantados. Existem programas designados para realizar liquidações tributárias, cálculo de indenizações por acidentes trabalhistas, predições sobre o impacto ambiental de certas decisões, a penhora judicial, entre outros. Como afirma António-Enrique Pérez Luño esses programas podem ser bastante úteis ao advogado ao lhe informar sobre as normas aplicáveis a determinadas situações, assim como sobre as consequências jurídicas derivadas da aplicação de determinada norma a uma situação concreta¹²⁵.

Sistemas espertos os quais realizam tais tarefas estão a receber bastante atenção. Os sistemas que recebem um foco maior são aqueles que realizam a qualificação jurídica aplicável a um caso específico. Porém, essa não é a única função desses sistemas, os mesmos ainda ajudam a interpretar as normas aplicáveis ao respectivo caso, indicam o comportamento jurídico mais conveniente a ser obedecido em um determinado contexto normativo, ou ainda são capazes de combinar as tarefas de interpretação normativa e indicação de conduta. Isso pode ser alcançado através da preparação de marcos conceituais mais elaborados. Tal característica oferece uma resposta mais exacta do conhecimento jurídico. Entretanto, o objectivo desses programas será sempre a apresentação de um diagnóstico jurídico a situações que lhes são exibidas. Esse resultado oferecido é utilizado para indicar medidas a serem tomadas, ou para fundamentar decisões que visem solucionar a situação¹²⁶.

O computador oferece um resultado lógico através da consideração de certos factores. Entretanto, a enormidade de circunstâncias consideradas por uma pessoa até se chegar a uma decisão não pode ser igualada por uma máquina. Essa substituição do juiz ou advogado por um programa informático não deve ser desejada ou plausível. As relações humanas não são estabelecidas através de cálculos ou de uma lógica entre factores invariáveis. Pelo contrário, há uma multiplicidade de aspectos os quais sofrem variações infinitas, isso sem por em debate o lado emocional que muitas vezes é o que impulsiona as relações.

Mesmo assim, a rejeição completa desse tipo de programas não é uma opção válida. Em situações padronizadas e automáticas que não apresentam variações, o uso dessa tecnologia é bem recebido. A agilidade e rapidez oferecida contribuem para um andamento processual mais célere. Utilizando-se assim, essa tecnologia não exclui a responsabilidade do juiz ou do advogado na ocasião de um acto haver sido realizado por um computador. A responsabilidade desses entes é indelegável pois é impossível substituí-la por uma máquina.

¹²⁵ LUÑO, António-Enrique Pérez - *Manual de informática y Derecho*. 1ª edição. Barcelona, Espanha: Editora Ariel S.A., 1996, p. 24.

¹²⁶ GUIBOURG, R. A - *Informática jurídica decisória*. Buenos Aires, Argentina: Editora Astrea, 1993.

5.7. CITIUS: UTILIDADE E BENEFÍCIOS

Ao ter disponível a tecnologia informática, e podendo esta beneficiar o trâmite processual, o Ministério da Justiça português criou um serviço informático o qual permite a realização de certas tarefas por meio electrónico. O nome do programa o qual possibilita essa informatização é CITIUS. Essa palavra vem do latim e significa mais rápido, célere. Esse significado estampa de maneira clara o propósito e o objectivo almejado através da utilização desse programa.

O CITIUS não é o primeiro programa o qual estimula a informatização processual disponibilizada aos juristas. Anteriormente existiu o Habilus.net, no entanto, este programa passou a ser preterido pelo CITIUS. Este último, por sua vez, é mais moderno e oferece mais vantagens. Com sua utilização é possível realizar uma maior gama de tarefas. Este programa foi inicialmente desenhado para o uso dos advogados, porém, já existem versões designadas para os magistrados e para o Ministério Público.

O advogado é o operário da justiça que mais necessita efectuar deslocamentos e apresentar documentação e peças processuais. Ao constatar essa multiplicidade de tarefas, viu-se necessário desenvolver um método o qual tornasse mais fácil suas realizações. Ao conseguir realizar tal feito, o benefício não seria exclusivo dos advogados. O andamento processual se tornaria mais célere e isso contribuiria para todo o ramo processual, sem falar na satisfação daqueles que recorreram ao judiciário.

Após ser comprovado que a informatização processual agiliza o andamento do processo judicial tornando-o mais cómodo, o Ministério da Justiça iniciou o desenvolvimento do CITIUS.

Com a utilização desse programa, o advogado pode executar suas tarefas comodamente, e sem ser necessário se ausentar de seu escritório. De forma resumida, estas são as tarefas as quais o advogado pode, em 2010, realizar através do CITIUS: a) Conhecer o movimento ocorrido nos seus processos nos últimos trinta dias; b) visualizar e aceder ao histórico dos processos em que é mandatário, bem como consultar os actos processuais desses processos e os documentos que existam em formato electrónico; c) conhecer da distribuição de processos em que é mandatário; d) aceder aos agendamentos de diligências nos seus processos; e) conhecer o estado das notas de honorários da responsabilidade do Instituto de Gestão Financeira e Infra-estruturas da Justiça; f) proceder à entrega electrónica de peças processuais, requerimentos de execução e de injunções.

Com a utilização desses serviços, as vantagens proporcionadas são: uma maior rapidez na execução das tarefas, uma vez que deixa de ser necessário para a entrega de documentos o deslocamento do advogado ao Tribunal ou ao correio. São oferecidas, também, uma maior facilidade e simplicidade ao procedimento. Isso, por tornar desnecessário o envio, em papel, de cópias e duplicados, bem como dos originais dos documentos. A comunicação de dados sob a forma electrónica também apresenta mais segurança uma vez que apenas o advogado, com seu certificado pessoal e intransmissível, pode proceder à entrega das peças processuais, recebendo, de imediato, o comprovativo de entrega. Isso tudo ainda torna o procedimento mais barato. Ocorre uma redução da taxa de justiça e das custas judiciais, sem mencionar que o envio através da aplicação do CITIUS não acarreta qualquer custo.

Os serviços oferecidos visam incentivar a desmaterialização do processo nos tribunais judiciais. Esse tipo de acção está acontecendo cada vez mais uma vez que são inegáveis os benefícios oferecidos. Como já fora afirmado, essa não é a primeira iniciativa de informatização processual. Entretanto, o CITIUS proporciona um maior número de funcionalidades em comparação com as tentativas desenvolvidas anteriormente. A maior diferença entre esta ferramenta e as anteriores, nomeadamente a Habilus.net, é a possibilidade de se apresentar as peças processuais e respectivos documentos por via electrónica. Essa função causa grande diferença e oferece mais comodidade e segurança ao advogado.

Para ter acesso ao CITIUS, é preciso efectuar um registo. Para isso pode-se enviar uma carta para a seguinte morada: Direcção-Geral da Administração da Justiça Divisão de Informatização dos Tribunais Projecto Habilus, Rua João Machado, nº 100, 1º Piso – Sala 105, 3000-226 Coimbra. Outra opção seria enviar essa solicitação através de correio electrónico. O endereço do correio electrónico é: habilus@tribunaisnet.mj.pt.

A requisição deve conter as seguintes informações: 1-) Qualidade (Advogado, Advogado Estagiário ou Solicitador); 2-) nome profissional; 3-) nome completo; 4-) endereço ou endereços profissionais (Morada, Localidade, Código Postal, Telefone, Fax); 5-) número de identificação fiscal; 6-) número de cédula profissional; 7-) endereço de correio electrónico atribuído pela Ordem dos Advogados ou Câmara dos Solicitadores.

Essas informações podem ser obtidas através do endereço electrónico: <https://citus.tribunaisnet.mj.pt/habilus/CitiusRegisto.aspx>.

Após a validação dos dados e efectuado o registo é enviado um e-mail para o endereço indicado (apenas para endereços certificados pela Ordem dos Advogados ou Câmara dos Solicitadores) com instruções para o acesso a este serviço. Nesse e-mail também será enviada uma informação secreta a qual garante o acesso seguro ao serviço. Essa informação é pessoal

e intransmissível. Ela inclui nome de utilizador e a palavra-chave atribuídos ao requerente. Esses dados permitem o acesso à área reservada do sistema informático CITIUS¹²⁷.

Com o intuito de garantir a segurança da informação a qual passa pelo CITIUS, todas as comunicações entre o computador do utilizador e este *site* ocorrem de forma encriptada. Isso permite assegurar a confidencialidade dos dados transmitidos. Por outro lado, as peças processuais ao serem assinadas com o certificado digital do utilizador, garantem autenticidade, integridade e não repúdio do documento gerado.

Vários benefícios são propiciados através da utilização do CITIUS. Esses benefícios atingem todas as partes que actuam no processo e para o processo. Essas partes compreendem os advogados, juízes, membros do Ministério Público e funcionários da secretaria. Os benefícios são apontados, de forma geral, na introdução à Portaria nº 1538/2008 de 30 de Dezembro. Este diploma legal alterou a Portaria nº 114/2008 de 06 de Fevereiro, e regula vários aspectos da tramitação electrónica dos processos judiciais.

¹²⁷ Para esclarecer dúvidas ou questionamentos, existe uma linha do Ministério da Justiça específica para fornecer apoio ao CITIUS. O número desta é: 707 200 004. As dúvidas também podem ser tiradas através fax, pelo número 2135-06021, ou através do endereço electrónico: apoio@mail.itij.mj.pt. Esses dados devem ser confirmados atempadamente devido a sua constante actualização.

Através da leitura do preâmbulo da referida Portaria¹²⁸, verifica-se que a utilização do CITIUS traz consigo cinco resultados benéficos para o andamento processual. A utilização desta ferramenta proporciona, resumidamente: 1-) Transparência dos processos judiciais e facilidade de acesso ao processo. Isso oferece como consequência o descongestionamento no atendimento nos tribunais. 2-) A simplificação das actividades dos juízes e dos magistrados do Ministério Público; 3-) a simplificação da comunicação dos juízes e magistrados do Ministério Público com a secretaria; 4-) a simplificação e melhoria na organização do suporte físico do processo; 5-) fornecimento aos juízes e magistrados do Ministério Público de mais informação de gestão processual.

Esses benefícios são concretos e já são vivenciados nos tribunais portugueses. Da mesma forma já está a ser praticada a informatização do processo em diversas tarefas judiciais. A criação do CITIUS é uma resposta à tendência mundial de desenvolvimento

¹²⁸ Portaria n.º 1538/2008 de 30 de Dezembro:

O projecto CITIUS visa, através da utilização de sistemas informáticos, ajudar a simplificar os processos judiciais, a proporcionar uma melhor gestão e organização do trabalho nos tribunais e a criar condições para uma tramitação mais célere.

Em primeiro lugar, o sistema informático CITIUS incrementa a transparência dos processos judiciais e facilita o acesso ao processo, permitindo descongestionar o atendimento no tribunal. Por um lado, os advogados podem consultar através da Internet cada vez mais dados e documentos dos processos, incluindo as sentenças, os despachos e as decisões dos juízes e magistrados do Ministério Público já finalizadas e integradas automaticamente no CITIUS. Por outro lado, esta maior facilidade de acesso permite que o atendimento nos tribunais se descongestione e que, consequentemente, se criem condições para que os oficiais de justiça dediquem mais tempo ao tratamento dos processos e ao cumprimento dos despachos.

Em segundo lugar, o CITIUS permite simplificar a actividade dos juízes e dos magistrados do Ministério Público, pois estes passam a praticar os actos através deste sistema informático a partir de 5 de Janeiro de 2009, deixando de o fazer no processo em papel. Além disso, os juízes e magistrados do Ministério Público passam a poder elaborar e emitir sentenças, despachos e outros actos, visualizando a informação sobre o processo constante do CITIUS, sem ter de o fazer na versão física do processo.

Em terceiro lugar, o CITIUS visa simplificar o relacionamento dos juízes e magistrados do Ministério Público com a secretaria. Por um lado, a secretaria envia o processo por via electrónica para os juízes e magistrados do Ministério Público. Por outro, estes magistrados passam a poder praticar os actos no sistema informático sem ter de aguardar que a secretaria lhes envie o processo em papel, consultar informação e dados sobre o processo e reenviar o processo para a secretaria por esta via electrónica. Assim, a circulação do processo entre a secretaria e os magistrados pode ser totalmente electrónica, apenas havendo consulta do processo em papel caso haja necessidade.

Em quarto lugar, o CITIUS contribui para simplificar e melhorar a organização do suporte físico do processo. O processo em papel deixa de ter informação e documentos repetidos (por exemplo, cópias de notificações ou cópias do mesmo despacho enviado às diferentes partes) ou que não sejam relevantes para a decisão material da causa (por exemplo, conclusões) e, além disso, passa a estar mais organizado com marcadores das peças e documentos mais importantes.

Finalmente, o CITIUS fornece aos juízes e magistrados do Ministério Público mais informação de gestão, pois passa a ser possível, por exemplo, saber qual o estado dos seus processos, se a secretaria cumpriu os despachos e em que prazo, qual o número e o tipo de processos que lhe estão distribuídos ou de despachos ou sentenças proferidas.

jurídico. Estudos estão a ser realizados a fim de adequar o procedimento judicial à informática, assim como estão a ser desenvolvidos programas a serem utilizados no andamento processual. Essa evolução tecnológica está a ocorrer nas diversas áreas científicas, e no Direito não havia de ser diferente. Métodos que visem oferecer celeridade ao trâmite processual devem ser encorajados. Desde que prezem pela segurança e garantias processuais, os mesmos contribuirão para o desenvolvimento da ciência do Direito, a qual também está em constante evolução.

5.8. CONCLUSÃO

Assim como fora apontado neste capítulo, o acesso à informação passou a ser disponibilizado de forma instantânea e generalizada através da utilização da tecnologia informática computacional. Os avanços que isso proporcionou e as inovações no campo tecnológico que vêm a facilitar essa acessibilidade ainda mais ocorreram, e ocorrem, com uma rapidez vertiginosa. O impacto que essa evolução está a causar se expande por todas as áreas científicas e sua utilidade é aproveitada nos mais variados serviços, sejam estes públicos ou privados.

Surgidas a partir desse avanço tecnológico, em sua grande parte computacional, estão novas situações jurídicas que reclamam uma reação do Direito, assim como um tratamento específico desta ciência para as novas formas de relações jurídicas que emanaram da interação virtual entre pessoas.

A fim de suprir essa necessidade, criou-se o a matéria de Direito informático. Essa disciplina possui a árdua tarefa de estudar as variadas relações jurídicas surgidas pela influência da tecnologia informática. O estudo dessa matéria proporcionou avanços para a regulação dessas novas relações, assim como para o entendimento das situações jurídicas que envolvem a tecnologia informática. No entanto, com a constante e rápida evolução da informática, surgem variadas situações novas no mesmo instante em que outras estão começando a serem compreendidas. Isso requer uma ininterrupta actualização do Direito informático a fim de suprir a demanda de conhecimento que está sempre se renovando.

Devido ao momento de transição vivenciado, é natural que seja fornecida uma maior atenção às disciplinas que tratem do uso da tecnologia informática. No Direito em especial, essas disciplinas correspondem ao Direito informático e à informática jurídica. Esta segunda disciplina é encarregada de estudar a utilização do computador e da informática no mundo

jurídico, sendo assim, é através dessa matéria que se aborda a desmaterialização processual e a implementação da informática computacional no processo judicial.

Esse tipo de tecnologia foi implementado no processo judicial, e através da informática computacional ocorreu a desmaterialização processual. Com essa implementação tecnológica no processo judicial, o mesmo conseguiu experienciar maior agilidade e rapidez em seu andamento. Como já fora apontado, tornou-se possível o envio virtual de articulados em formato electrónico e os desembargadores passaram a ter acesso simultâneo ao processo a ser julgado, da mesma forma o acompanhamento processual passou a poder ser realizado via Internet. Esses são apenas alguns benefícios trazidos pela informatização processual. O impacto dessa medida pode ser vislumbrado em todo o processo judicial, não só em uma etapa específica. Tendo em vista essa magnitude, deve-se sempre permanecer atento para que essas inovações não interfiram negativamente com algum instituto processual ou com algum princípio que norteie o processo judicial.

Apesar desse risco, que sempre será iminente, a implementação da informática computacional no processo judicial está a ocorrer em vários países, especialmente nos países juridicamente mais desenvolvidos. Isso demonstra que a incorporação desse tipo de tecnologia no processo judicial carrega mais benefícios do que aspectos negativos. As facilidades proporcionadas já estão a ser experienciadas nos países, inclusive em Portugal, que se utilizam da informatização processual. Relutar contra essa implementação é adiar o inevitável, pois a disseminação da informatização processual está a acontecer de forma rápida e com seus benefícios divulgados. Ademais, os países que primeiro tiveram a iniciativa de realizar essa incorporação tecnológica no processo judicial serão vistos como referência. Essa iniciativa deve ser ampliada para a investigação e para o estudo dessa mesma implementação tecnológica no processo judicial. Isso, pois há uma defasagem de obras específicas sobre essa situação, dessa forma, o país que se adiantar nesse aspecto estará à frente dos demais.

Legalmente, em Portugal, a implementação da informática computacional no processo pode ser observada, por exemplo, através do Decreto-Lei nº 303/2007 de 24 de Agosto, que possibilitou aos desembargadores responsáveis pelo julgamento do respectivo recurso o acesso simultâneo ao processo em formato virtual. Com relação a outra implementação dessa tecnologia, a Portaria nº 1538/2008 de 30 de Dezembro, que alterou a Portaria nº 114/2008 de 06 de Fevereiro, regula vários aspectos da tramitação electrónica dos processos judiciais.

O programa CITIUS é actualmente o grande responsável pela informatização processual, esse programa é o que mais colabora e viabiliza a virtualização do processo.

A iniciativa do Ministério da Justiça português de investir em um programa que possibilita a informatização do processo judicial é importante para o desenvolvimento do Direito processual. Esse ato demonstra o interesse do país de se posicionar entre os demais países que já implementaram a tecnologia informática computacional no processo judicial. Dessa forma os benefícios dessa implementação já estão a ser aproveitados pelos operadores do Direito, assim como pela população que se utiliza da via judicial.

Essa decisão de implementar a tecnologia informática computacional no processo judicial é importante para Portugal, pois, assim, este país usufrui e acumula experiência prática de sua utilização juntamente com os outros países que tomaram a mesma medida. Com isso, Portugal passa a ser visto como pioneiro, porém, para ser admirado positivamente, não basta apenas se utilizar dessa tecnologia, é importante que um estudo paralelo seja realizado para não se ficar à mercê de quem tomar essa iniciativa. Como quase não há material específico sobre a implementação da informática computacional no processo judicial, a realização de investigações e estudos a respeito dessa situação não só traz vantagens como também representa uma necessidade.

A aplicação da virtualização processual em Portugal possibilita que se adquira dados provenientes da utilização empírica e prática dessa facilidade. Essa informação pode ser acumulada e direcionada a um estudo específico. Se essa pesquisa for realizada, Portugal pode liderar a sistematização de informações sobre esse novo campo que continua repleto de indagações, mas com poucos estudos jurídicos direcionados ao mesmo. Poucos são os países que investem na investigação dessa nova realidade. Por isso é que o país que iniciar com as pesquisas nessa área pode se tornar referência para os demais.

Os benefícios trazidos pela informatização processual foram logo aproveitados pelos usuários do processo judicial, porém os riscos provenientes da utilização da tecnologia informática computacional sempre irão existir, principalmente por causa de sua rápida e constante evolução. Essa é mais uma razão para que o estudo constante dessa matéria seja realizado. Esse estudo, por sua vez, não pode se restringir à apreciação tecnológica da informatização processual, o impacto jurídico que essa incorporação tecnológica apresenta deve ser igualmente considerado.

A decisão mais importante de informatizar o processo judicial já fora tomada. Essa decisão pode ter sido fruto de uma evolução natural do processo judicial ou de um desejo de se arriscar pelo mundo tecnológico, determinar qual foi a motivação para essa iniciativa não importa em um questionamento tão importante quanto as indagações práticas que estão a surgir. O foco a ser dado nos trabalhos de pesquisa sobre esse assunto precisa objetivar

orientar aqueles que recorrem ao processo electrónico. Da mesma forma, esses trabalhos precisam ser direccionados aos juristas e, através dessas pesquisas, terem várias de suas perguntas respondidas, especialmente o impacto que a utilização da tecnologia informática está a causar no Direito.

CONCLUSÃO

O estudo aqui realizado considera a manutenção dos princípios jurídicos do devido processo legal, do contraditório, do duplo grau de jurisdição e do acesso à justiça, no processo civil, com a informatização do processo judicial. O interesse nesse tópico decorre da implementação da tecnologia informática computacional no serviço processual judicial. Esse tipo de modernização tecnológica rompe barreiras e tem ajudado a proporcionar maior rapidez e agilidade no trâmite processual. No entanto, ao considerar sua incorporação no processo, os princípios acima apontados necessitam de uma específica análise a fim de prevenir a ocorrência de faltas inadmissíveis ao processo judicial. Sendo esses princípios de importância intrínseca ao processo judicial, o presente trabalho focalizou sua atenção nos mesmos a fim de verificar específica e explicitamente se essa rápida ascensão tecnológica não corrompeu os princípios que asseguram o correcto cumprimento do Direito.

A escolha dos princípios do devido processo legal, do contraditório, do duplo grau de jurisdição e do acesso à justiça deu-se pela sua relevância ao processo judicial, e também por esses princípios serem atingidos directamente pela informatização processual.

O princípio do devido processo legal orienta o procedimento processual em todo o trâmite do processo nos tribunais. Sua presença é tão essencial ao processo que é difícil imaginar este sem o devido processo legal. Emanam desse princípio garantias como a do juiz natural e da ampla defesa, da mesma forma derivam-se princípios, como o do contraditório. Muito dificilmente uma modificação no procedimento processual não interferirá nesse princípio, pois o mesmo assegura a correcta observação do Direito processual em todo o trâmite do processo.

O princípio do contraditório, por sua vez, garante que seja concedida à parte no processo uma oportunidade de se defender daquilo que fora alegado contra si. Ao serem apresentadas provas ou ao se alegar algum facto contra uma parte, é obrigatório que esta tenha acesso a essas informações. Após examinar esses dados, a parte interessada apresenta uma peça adequada com sua defesa, contra-alegações e contraprovas. Essa garantia de resposta faz parte do princípio constitucional do contraditório e, havendo uma modificação tanto na forma como as provas podem ser apresentadas, quanto na maneira em que a resposta concernente às mesmas pode ser oferecida, há a necessidade de examinar a obediência a esse princípio.

Garantindo, também, o direito de resposta às partes, mas nesse caso no tocante à decisão proferida no processo, existe o princípio do duplo grau de jurisdição. Permitindo que a parte questione a decisão proferida pelo juiz de primeira instância, é fornecido o direito à

parte insatisfeita de ver o caso julgado novamente em uma instância superior. A fim de que isso ocorra, o processo é remetido de sua instância originária à superior para que o processo possa ser reexaminado. Modernizando-se a forma de comunicação entre os magistrados e passando o processo a existir virtualmente, a mudança de instâncias e o conseqüente reexame processual tornam-se alvos da modernização implementada.

Existente com uma visão anterior ao processo, tem-se o princípio do acesso à justiça. A visão do acesso à justiça é anterior ao processo, pois é esse princípio que assegura o direito das partes ingressarem nos tribunais com uma acção e obterem uma decisão judicial através do processo. Esse princípio que garante a acessibilidade aos tribunais é alvo de constantes reivindicações populares. Como a informatização processual tem como objectivo explícito a aproximação da população com a justiça, pode-se afirmar que esse princípio é um dos que mais está a ser influenciado por essa modernização do processo.

Todos esses princípios estão a ser alterados de uma forma ou de outra pela incorporação da tecnologia informática no processo judicial. Alterados não em sua essência, pois isso seria considerado uma afronta ao Direito, mas no modo como os mesmos são manifestados no processo. O conhecimento aprofundado dos princípios que regem o procedimento processual e garantem a segurança do processo é essencial para actuar nos tribunais, seja como magistrado ou advogado. Conhecendo-se os princípios que contornam determinado conceito ou determinação, torna-se possível uma visão completa e segura daquilo que é defendido pelo Direito no processo judicial. Dominando esse conteúdo principiológico mantém-se o contacto com a base que forma o pensamento, e assim alcançam-se soluções para problemas modernos que aparentemente encontram-se distanciados daquilo que fora inicialmente protegido.

Através do estudo realizado para o presente trabalho, de tópicos que tratam da incorporação da tecnologia nos variados serviços, verificamos que, ao conquistar espaço no Direito e incorporar-se na esfera processual, a tecnologia informática computacional trouxe consigo informações técnicas que precisam ser compreendidas para que se obtenha o domínio das facilidades proporcionadas por essa tecnologia. Com a presente pesquisa, foi possível concluir ainda que esse conhecimento raramente desperta o interesse dos juristas, pois estes já possuem uma vasta ciência para dominar. Entretanto, esses juristas conservadores correm o risco de se tornarem ultrapassados pois ficou constatado que se tornou necessário o conhecimento sobre a tecnologia informática computacional. Esta espécie de conhecimento já se encontra aglutinado à ciência jurídica, e seu domínio não constitui mais uma questão, mas sim uma obrigação. Saber diferenciar a informática da telemática, por exemplo, representa um

desafio para muitos, mas conhecer ambas as matérias é essencial para que seja estabelecido se uma respectiva questão está centrada na armazenagem de dados ou no seu transporte. É preciso saber também que informática não é um termo que designa a utilização de computadores, mas sim a disciplina que trata da armazenagem de dados e que teve sua criação bem antes de haver computadores. No entanto, foi devido às facilidades proporcionadas por essas máquinas, especialmente no que diz respeito à armazenagem de dados, que os computadores passaram a ser amplamente utilizados nessa disciplina.

Concluimos que outros conceitos tecnológicos precisam ser conhecidos, pois já está a ser requisitado dos juristas uma opinião fundamentada sobre esses aspectos, especialmente no que concerne a uma informatização processual mais avançada através dos sistemas espertos. Para poder oferecer uma resposta adequada a esse tipo de polémica, é necessário o conhecimento da informática jurídica e seus sub-tópicos como o da informática jurídica documental, o da informática jurídica de gestão e o da informática jurídica decisional. Apenas com a noção do que é tratado nesses tópicos é que se pode realizar uma abordagem efectiva dos progressos que estão a ocorrer no Direito, em particular na esfera processual. Sem essas informações, aglomeram-se todas as inovações implementadas em um tópico generalizado, retirando, assim, algumas particularidades necessárias para um exame adequado sobre o tema.

Apesar de ser necessário um conhecimento específico sobre a aplicação da informática e da telemática no Direito processual, há uma dificuldade de se achar material sobre essa implementação da tecnologia computacional no processo judicial. É possível conseguir livros que tratem sobre o Direito informático, mas o número torna-se demasiadamente reduzido quando a matéria é a informática jurídica. Os estudos que envolvem essa área do Direito são mais estimulados em países como Alemanha e Espanha. Encontrar uma obra de um autor português nesse campo é uma árdua tarefa, e muitas vezes sem frutos. Tendo em vista essas dificuldades bibliográficas, constatamos que é importante preencher essa lacuna, pois, com a escassez de material sobre a informática jurídica em específico, o país que iniciar estudos nessa área será pioneiro e poderá ditar a melhor maneira com que se deve ocorrer a aplicação dessa tecnologia no Direito.

Essa lacuna está presente também na abordagem da informatização processual em sobreposição aos princípios processuais. Em face de uma modernização tão drástica no sistema processual, vimos que é necessária a realização de uma análise que contraponha as modificações implementadas frente aos princípios que orientam o ramo do Direito processual. Caso esse estudo não se realize, corre-se o risco de serem abaladas as verdadeiras estruturas do processo judicial.

O que está em jogo não é só o descumprimento dos princípios jurídicos, mas também um melhor aproveitamento das inovações implementadas. Tendo em mente a observância dos princípios que orientam o processo judicial, reconhecem-se as dificuldades e desafios que esses princípios enfrentam para serem aplicados. Constatando isso, pode-se direccionar a utilização da tecnologia informática computacional para superar esses empecilhos. Vimos que isso serve para maximizar os benefícios trazidos por essa tecnologia, trazendo outros que talvez nem fossem inicialmente vislumbrados.

Como exemplo dessa possibilidade podemos citar um dos problemas existentes na aplicação do princípio do acesso à justiça. Este princípio enfrenta uma reivindicação popular que reclama que os custos judiciais são de valor elevado. Constatando a presença desse problema, e reconhecendo que a informatização processual traz uma redução de gastos devido às facilidades proporcionadas através da informatização de certos serviços, pode-se aproveitar essa redução para encontrar uma maneira de tornar as custas judiciais mais acessíveis.

Esse é apenas um exemplo que traz uma possibilidade de aproveitar os benefícios trazidos pela informatização processual e multiplicá-los. Esse aproveitamento direcciona a utilização da tecnologia informática computacional para esferas que talvez nem se pensava em serem abrangidas. No entanto, verificamos que essa maximização só será possível quando os princípios jurídicos forem estudados e confrontados com a modernização processual implementada.

O objectivo inicial do presente trabalho era fazer uma análise dos princípios possivelmente mais afectados pela informatização processual, e apresentar um estudo sobre a utilização da tecnologia informática computacional no Direito para, assim, poder identificar se essas inovações tecnológicas não afrontam os princípios analisados. Ao estudar os princípios individualmente, pudemos verificar que, apesar de carregarem seus conceitos e determinações há séculos, os mesmos permanecem em evolução, apresentando uma visão de características mais modernas. Um exemplo disso é a consideração dos juízes também participarem do princípio do contraditório. O estudo permanente desses temas e a evolução jurídica da matéria acrescentam formas mais variadas dos princípios se manifestarem.

No entanto, um aspecto deve ser considerado. Apesar de toda a evolução vivenciada no Direito, e de todos os estudos direccionados aos princípios, estes jamais foram excluídos e a possibilidade disso acontecer deve ser inexistente. O princípio do duplo grau de jurisdição, por exemplo, possui um debate a seu respeito no qual se questiona se esse princípio retira ou não a força da decisão proferida em primeiro grau, ou ainda se o mesmo serve apenas para prolongar os gastos processuais e o tempo necessário para se chegar uma decisão definitiva.

Nessa discussão pondera-se ainda se o duplo grau de jurisdição deve ser considerado um princípio ou uma simples garantia. Mesmo com todas essas questões, e algumas com considerações relevantes, restou constatada a importância desse princípio para o processo judicial, com isso, sua categoria principiológica permaneceu assegurada e afastou-se qualquer possibilidade de ver o duplo grau de jurisdição excluído do sistema jurídico processual.

Com o presente estudo, verificamos que a implementação da tecnologia informática computacional no processo judicial não chega a desobedecer as determinações exigidas pelos princípios aqui analisados. Apesar disso não ocorrer, vimos também que essa iniciativa de modernizar o processo judicial encontra-se no limite para que essa afronta ocorra. Certas medidas que se encontram em fase de planejamento visam automatizar o aspecto decisório do processo. Isso vai de encontro ao direito do indivíduo de ter sua pretensão analisada individualmente por um juiz. Constatamos que, devido a possibilidades como essa, o estudo da tecnologia informática computacional incorporada ao processo judicial não deve ser interrompida e cada vez mais específica. Esse estudo continuado assegura a correcta aplicação do processo judicial e a optimização da informática computacional no Direito processual.

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Angélica Arruda - Princípios constitucionais do processo. Revista de Processo. São Paulo/SP, Brasil: Revista dos Tribunais – RT. nº 74. (Abril-Junho de 1994).
- ARAGÃO, Valdenir Cardoso - *Acesso à justiça*. [em linha] [Consult. 23 de Outubro de 2010]. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/060704.php>.
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos - *Acesso à justiça: Um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro/RJ, Brasil: Renovar, 2001.
- BRAGA, Frederico Armando Teixeira - *O princípio do duplo grau de jurisdição e sua garantia constitucional*. [em linha] [Consult. 23 de Outubro de 2010]. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=736.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes - *Direito constitucional*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 3ª reimpressão, 2006.
- CARVALHO LEAL, Augusto Cesar de - A potencial maximização da transparência do Judiciário no processo civil telemático e o duelo entre a publicidade processual e o direito de privacidade na Lei 11.419/2006. Revista de Derecho Informático. [em linha] Alfa-Redi. nº 102 (Janeiro de 2007). [Consult. 24 de Outubro de 2010]. Disponível na Internet: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=8410>.
- CIENFUEGOS SUÁREZ, Jose Maria - Los sistemas de gestión jurídica automatizada: Aplicaciones informáticas en el ámbito de la administración de justicia. Informática y Derecho. Mérida, Espanha: Universidade Nacional de Educação à Distância, Centro Regional de Extremadura, Director: Valentín Carrascosa López, Tradução: Dr. Enrique Cáceres Nieto. nº 9, 10, 11 (1996), pp. 553-575.
- CINTRA, António Carlos; PELLEGRINI, Ada; DINAMARCO, Cândido Rangel - *Teoria geral do processo*. 18ª edição. São Paulo/SP, Brasil: Malheiros Editores, 2002.
- CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.
- CONRADO, Paulo Cesar. *Introdução à teoria geral do processo civil*. Guarulhos/SP, Brasil: Editora Max Limonad, 2000.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA.
- DECRETO-LEI nº 303/2007 de 24 de Agosto.
- DIDIER JR., Fredie - *Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. In “Curso de direito processual civil”. 11ª edição, Salvador/BA, Brasil: Editora Podium, Volume 1, 2009.

- DIDIER JR., Fredie – *Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. In “Curso de Direito Processual Civil”. 11ª edição. Salvador/BA, Brasil : Editora Podium, Volume 2, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel - *Fundamentos do processo civil moderno*. 5ª edição. São Paulo/SP, Brasil: Malheiros Editores. Revisão e actualização: Antônio Rulli Neto, 2002. vol. 1.
- DINAMARCO, Cândido Rangel - *Fundamentos e institutos fundamentais do direito processual civil*. In “Instituições de direito processual civil”. 5ª edição. São Paulo/SP, Brasil : Malheiros Editores, 2005, Volume I.
- FERNANDÉZ, Yarina Amoroso - La informática y la sistematización del Derecho. Experiencia práctica. Informática y Derecho. Mérida, Espanha: Universidade Nacional de Educação à Distância, Centro Regional de Extremadura, Director: Valentín Carrascosa López, Tradução: Dr. Enrique Cáceres Nieto. nº 9, 10, 11 (1996), pp. 526-528.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle - Estado de Direito e devido processo legal. Revista Diálogo Jurídico, [em linha] Salvador/BA, Brasil: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, (Fevereiro, 2002). [Consult. 29 de Março de 2009]. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-LUCIA-VALLE-FIGUEIREDO.pdf.
- FREITAS, José Lebre de - *Introdução ao processo civil – Conceito e princípios gerais à luz do Código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- GALINDO, Fernando - Sistemas de ayuda a la decisión jurídica. ¿Son posibles? Informática y Derecho. Mérida, Espanha: Universidade Nacional de Educação à Distância, Centro Regional de Extremadura, Director: Valentín Carrascosa López, Tradução: Dr. Enrique Cáceres Nieto. nº 9, 10, 11 (1996), pp. 631-650.
- GALVÃO, Edna Luís Nobre - *Princípio do contraditório*. [em linha] [Consult. 20 de Julho de 2009]. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=819>.
- GARCIA, Dinio de Santis - *Introdução à informática jurídica*. São Paulo/SP, Brasil: Editora da USP – Universidade de São Paulo, 1976.
- GRASSO, Eduardo - La collaborazione nel processo civile. Rivista di Diritto Processuale, nº 4, ano XXI, (1966).
- GRINOVER, Ada Pellegrini - As garantias constitucionais do processo. In “Novas Tendências do direito processual”. 2ª edição. Rio de Janeiro/RJ, Brasil: Editora Forense, 1990.

- GUIBOURG, R. A. - *Informática jurídica decisória*. Buenos Aires, Argentina: Editora Astrea, 1993.
- LANCHARO, E. Alcalde, FERNANDEZ, Salvador Peñuelas, LOPEZ, Miguel Garcia - *Informática básica*. São Paulo/SP, Brasil: Makron Books, traduzido por Sérgio Molina, 1996.
- LASPRO, Orestes Nestor de Souza - *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo/SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais – RT, 1995.
- LERRER, Felipe Jakobson - *O duplo grau de jurisdição e as garantias constitucionais*. [em linha] [Consult. 23 de Outubro de 2010]. Disponível em: http://www.tex.pro.br/wwwroot/01de2006/oduplo_felipe_jakobson_lerrer.html.
- LOSANO, Mario G. - De la pluma de ganso al rayo láser: Nuevas tecnologías para los banco de datos y las editoriales. Informatica y Derecho. Aportes de doctrina internacional. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma. Director: Daniel Ricardo Altmark. Coordinador: Rafael A. Bielsa. (1988), pp. 101-151.
- LUÑO, António-Enrique Pérez - *Manual de informática y Derecho*. 1ª edição. Barcelona, Espanha: Editora Ariel S.A., 1996.
- MAIEROVITCH, Walter Fanganiello - Telemática no Judiciário. Revista dos Tribunais. São Paulo/SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais – RT. Vol. 673, (1991), pp. 239-245.
- MARINONI, Luiz Guilherme - *Tutela antecipatória, julgamento Antecipado. Parte incontroversa da demanda*. 5ª edição. São Paulo/SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais – RT, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz - *Manual do processo de conhecimento*. 2ª edição, São Paulo/SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais - RT, 2003.
- MARQUES, José Frederico – *Instituições de direito processual civil*. 1ª edição actualizada. São Paulo/SP, Brasil: Millenium Editora, 2000, vol. 2.
- MAZET, Guy - Dimensiones Internacionales de la Informática Jurídica Documental. Informática y Derecho. Mérida, Espanha: Universidade Nacional de Educação à Distancia, Centro Regional de Extremadura, Director: Valentín Carrascosa López, Tradução: Dr. Enrique Cáceres Nieto. nº 8 (1995) pp. 175-184.
- MENDONÇA JR., Delosmar - *A Decisão monocrática do relator e o agravo interno na teoria geral dos recursos*. São Paulo/SP, Brasil: Pontifica Universidade Católica de São Paulo, 2006. Tese de doutoramento.
- NOGUEIRA, Maurício José - Duplo grau de jurisdição: Aspectos constitucionais e reflexos processuais. Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos

- Barbosa Moreira. São Paulo/SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais – RT. Coordenação: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. (2006), pp. 542-552.
- PAULA, Arquilau de - *O acesso à justiça*. [em linha] [Consult. 23 de Outubro de 2010]. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3401>.
- PIMENTEL, Alexandre Freire - *O Direito cibernético: Um enfoque teórico e lógico-aplicativo*. Rio de Janeiro/RJ, Brasil: Editora Renovar, 2000.
- PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito digital*. 2ª edição. São Paulo/SP, Brasil: Editora Saraiva, 2008.
- PORT, Marli Eulália - *Acesso à justiça: Aspectos constitucionais e processuais*. [em linha] [Consult. 23 de Outubro de 2010]. Disponível em: http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070715acesso_marli.php#ref1.
- PORTANOVA, Rui - *Princípios do processo civil*. 4ª edição. Porto Alegre/RS, Brasil: Livraria do Advogado Editora. Revisão de Rosane Marques Borba, 2001.
- PORTARIA n.º 1538/2008 de 30 de Dezembro.
- REBELO, José Henrique Guaracy - *O processo civil e o acesso à justiça*. *Revista CEJ*. [em linha]. Brasília, Brasil, n.º 22 (Jul.-Set de 2003), pp.8-12. [Consult. 23 de Outubro de 2010]. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero22/artigo01.pdf>.
- RIEM, Glauco - *Il processo civile telematico: le nuove frontiere del processo alla luce del D.P.R. 123/2001*. Napoli: Edizioni Simone, 2002.
- SILVEIRA, João Carlos da - *Acesso à justiça e direitos fundamentais*. [em linha] [Consult. 23 de Outubro de 2010]. Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona24/24Silveira.htm>.
- SILVEIRA, Paulo Fernando - *Devido processo legal – Due process of law*. 3ª edição, Belo Horizonte/MG, Brasil: Editora Del Rey, 2001.
- TARZIA, Giuseppe - O Contraditório no processo executivo. *Revista de Processo*. São Paulo/SP, Brasil: Revista dos Tribunais - RT, n.º 28, Ano 7 (out.-dez. 1982), Tradução: Thereza Celina de Arruda Alvim.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto – *Teoria geral do direito processual civil e processo do conhecimento*. In “Curso de Direito Processual Civil”, 41ª edição, Rio de Janeiro/RJ, Brasil: Editora Forense, 2004, Volume 1.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil*. 2ª edição, São Paulo/SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais – RT, 2002.